

ENDRINGSHÅNDTERING I IT-UTVIKLINGSKONTRAKTER

Risiko for endringer der dette ikke er regulert i kontrakten

Kandidatnr: 233

Veileder: Olav Torvund

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17 400 ord

25.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV PROBLEMSTILLINGEN	1
1.1.1	AVGRENSNING	2
1.2	METODE OG RETTSKILDEBRUK	3
1.2.1	METODE	3
1.2.2	RETTSKILDEBRUK	3
1.3	BEGREPSBRUK	4
1.4	IT – STANDARDKONTRAKTER OG PRAKSIS FRA ANDRE BRANSJER	5
1.4.1	PETROLEUMSSTANDARDEN	5
1.4.2	ENTREPRISESTANDARDENE	6
1.4.3	IT-STANDARDE	7
1.4.4	FINNES DET NOEN FELLES BRANSJESTANDARD FOR UTVIKLINGSPROSJEKTER?	8
<u>2</u>	<u>UTVIKLINGSKONTRAKTER – SÆRTREKK</u>	<u>9</u>
2.1	PROSJEKTERING OG PLANLEGGING	10
2.2	UFORUTSIGBARHET OG ”LÆRING UNDERVEIS”	11
2.3	GRUNNLEGGENDE FORUTSETNINGER	13
<u>3</u>	<u>AVTALETOLKNING OG AVTALEINNGÅELSE</u>	<u>15</u>
3.1	ORDLYDEN	15
3.2	UKLARHETSREGELEN	16
3.3	STANDARDKONTRAKTER	17
3.4	KJØPSRETTLIGE TILNÆRMINGER	17
3.5	PRINSIPPET OM YTELSE MOT YTELSE	20
<u>4</u>	<u>SPESIFIKASJONENES BETYDNING FOR ENDRINGSPROBLEMATIKKEN</u>	<u>21</u>
4.1	SPESIFIKASJONSFORMEN	23
4.2	HAR DET BETYDNING HVILKEN SPESIFIKASJONSTYPE SOM ER VALGT?	23
4.3	SPESIFIKASJONENES VIRKNING PÅ KONTRAKTSFORPLIKTELSEN	25

<u>5</u>	<u>RISIKO FOR MANGLENDE AVKLARING AV ENDRINGER UNDERVEIS.</u>	<u>26</u>
5.1	KONTRAKTEN OPERERER MED ET ENDRINGSSYSTEM	27
5.1.1	ENDRING AV AVTALEN VED KONKLUDENT ADFERD	28
5.2	KONTRAKTEN OPERERER IKKE MED ET ENDRINGSSYSTEM	29
5.3	VARSLINGSREGLER	30
5.3.1	FRISTBEREGNINGEN	32
5.3.2	VARSLINGSFRISTENS UTGANGSPUNKT	33
5.3.3	HENSYN BAK VARSLINGSPLIKTEN	34
5.3.4	LEVERANDØRENS UNDERSØKELSESPLIKT OG BETYDNINGEN AV LEVERANDØREN SOM PROSJEKTLEDER.	35
5.3.5	VIRKNINGER AV VARSEL	39
5.4	KUNDENS MEDVIRKNINGSPLIKT	40
5.5	MØTEVIRKSOMHET	42
5.5.1	KOMPETANSE- OG FULLMAKTSSPØRSMÅL	44
5.6	RISIKO FOR UKLARHET	46
5.7	NÆRMERE OM SPESIFIKASJONERS BETYDNING FOR RISIKOVURDERINGEN	47
<u>6</u>	<u>FORUTSETNINGSLÆREN OG AVTALELOVEN § 36</u>	<u>49</u>
6.1	FORUTSETNINGSLÆREN	49
6.1.1	GENERELT OM BRISTENDE FORUTSETNINGER I KONTRAKTSFORHOLD	50
6.1.2	ANVENDELSEN AV PRINSIPPET I UTVIKLINGSKONTRAKTER	52
6.1.3	VURDERINGEN I FORHOLD TIL ENDRINGSRISIKO I PROGRAMUTVIKLINGSKONTRAKTER	53
6.2	AVTALELOVENS § 36 SOM VERKTØY VED RISIKOPLASSERING	56
<u>7</u>	<u>SAMMENDRAG</u>	<u>59</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE/ KILDER</u>	<u>62</u>

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Kontrakter om utvikling av programvare og datasystemer har gjennom den IT-revolusjonen som har funnet sted blitt vanlige i hele næringslivet. Kontraktene varierer fra svært store til svært små prosjekter, fra systemutvikling for Gardermoen flyplass til utvikling av små gratisprogrammer på web.

En fellesnevner for alle disse prosjektene er at det ofte underveis i arbeidet må foretas tilpasninger og justeringer i forhold til det som opprinnelig var avtalt. Hvis kontrakten ikke har et godt system for endringshåndtering, eller hvis partene ikke har forholdt seg til et slikt system for endringshåndtering, vil det i praksis kunne oppstå tvist om hvem som skal bære risikoen for at prosjektet ble forsinket eller dyrere som følge av endringene.

Med bakgrunn i rapporter, presseartikler med mer kan det virke som om det snarere er unntaket enn regelen at utviklingsprosjekter blir ferdig til avtalt tid.¹ Det er heller ikke sjelden at partene etter levering er uenige om hvilken pris som skal betales for arbeidet. Partene vil derfor ofte være uenige om hvem som skal holdes ansvarlig for kostnads- og tidsoverskridelsene. Kunden vil gjerne vise til kontrakten og den opprinnelige avtalte pris- og tidsramme, og dermed true med misligholdsinnsigelser. Leverandøren på sin

¹ Se Capers Jones, *Conflict and litigation between software clients & Developers*, se <http://www.softerra.com/files/conflict.pdf> (20. 03. 05)

side vil gjerne hevde at overskridelsene skyldtes nødvendige og uforutsette endringer underveis, og at det er kunden som bør bære risikoen for dette.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen blir ansvarsforholdet mellom partene i slike situasjoner, og hvem som skal bære risikoen for at kontraktsarbeidet er forsinket eller mer kostbart enn avtalt.

Det er blitt mer og mer vanlig at man i større kommersielle kontraktsforhold opererer med et endringsordresystem som i stor grad legger opp til at man må løse disse problemene underveis, slik at man ikke blir stående med en rekke risikospørsmål når kontrakten i utgangspunktet skulle ha vært avviklet. I det følgende vil det bli fokusert på de kontraktsforhold hvor partene ikke har fulgt dette angitte systemet, og de kontrakter hvor endringshåndteringen mangler eller er uklar. Man vil da kunne stå overfor to situasjoner:

For det første vil man ha de tilfeller der man er enige om at det er blitt foretatt endringer, men man er uenige om hvem som skal bære risikoen for at disse ikke ble brakt opp underveis. Dette har først og fremst en side mot lojalitets- og varslingsplikt.

For det andre kan man være uenige om kontraktspliktenes omfang, dvs. om den aktuelle endringen utgjør en utvidelse av leverandørens kontraktsforpliktelse eller om den må sies å være innenfor den opprinnelige kontraktsrammen.

I begge tilfeller vil utfallet bero på en risikovurdering; er det leverandøren eller kunden som bør holdes ansvarlig for at forsinkelse eller kostnadsøkning har inntruffet?

1.1.1 Avgrensning

Drøftelsene avgrenses mot partenes endringskompetanse. Det vil altså ikke bli vurdert i hvilken grad leverandøren er bundet av de endringsinstrukser kunden fremsetter, heller ikke leverandørens adgang til å foreta endringer på eget initiativ.

Det avgrenses også mot sanksjoner og konsekvenser som er en følge av risikofordelingen. Dermed faller vurderinger om størrelse på pris- og tidsjustering, i de tilfeller der kunden må bære risikoen, utenfor. Tilsvarende vil spørsmålet om hvilke sanksjoner kunden kan gjøre gjeldende, i de tilfellene der leverandøren må anses ansvarlig, falle utenfor avhandlingens rammer.

I den grad det er nødvendig for sammenhengen vil de nevnte problemstillingene likevel bli berørt. Mangelsspørsmål vil ikke bli berørt, men det må antas at denne vurderingen vil ligge tett opp til den som må foretas i forhold til forsinkelse og uenighet om vederlagets størrelse.

1.2 Metode og rettskildebruk

1.2.1 Metode

Avhandlingen skal drøfte plassering av risiko mellom aktørene i en program- eller systemutviklingsavtale. Spørsmålet er begrenset grad dekket i rettsteori og rettspraksis. Avhandlingen vil derfor i stor grad måtte støtte seg på alminnelige avtalerettslige prinsipper. Anvendelsen av disse vil preges av de særtrekk som gjør seg gjeldende innenfor dette kontraktsfeltet.² Praksis og teori fra andre sammenlignbare kontraktsområder vil komme inn som supplement og tolkningsfaktorer, men vil neppe få direkte anvendelse.³

1.2.2 Rettskildebruk

Det foreligger per i dag begrenset rettskildemateriale innenfor IT-kontrakter, og endringsproblematikk i system- og programutviklingskontrakter er lite berørt i litteratur

² Se punkt 2 nedenfor.

³ Jfr. punkt 1. 4. 4 nedenfor.

og praksis. Det redegjøres for årsakene til dette i punkt 2 nedenfor. Utenlandske rettskilder av direkte betydning er dessuten vanskelig tilgjengelige.⁴ Drøftelsen vil således som nevnt baseres på alminnelig kontraktsrett, og det vil i denne sammenheng trekkes paralleller til andre beslektede kontraktsområder. Avhandlingen vil dermed være mer preget av de lege ferenda – synspunkter enn det som ville vært tilfellet i forhold til en risikovurdering innen for eksempel entreprise. Dette vil også gjøre seg utslag i systematikken og i valg av momenter som tillegges vekt.

Kontraktspraksis anerkjennes som en rettskilde i mange kommersielle forhold, men vil etter min oppfatning i mindre grad enn ellers kunne benyttes innen IT-retten. Næringsfeltet er så stort og ulikartet at det er vanskelig å finne en generell oppfatning av de kontraktsrettslige spørsmål i bransjen.⁵ Årsakene til dette er nok særlig at det i IT-bransjen er store sprik i aktørenes størrelse og profesjonalitet, både på leverandør- og kundesiden. Det er dessuten store variasjoner i leveransene fordi de normalt er individuelt tilpasset den enkelte kundes behov. Jeg viser her til punkt 1. 4 om de ulike systemutviklingsstandardene. De standarder som finnes for systemutviklingsforhold vil dermed bare gi begrenset veiledning. Bransjepraksis fra andre store kontraktsfelt vil berøres, men vil ikke uten videre få direkte anvendelse. De relevante standardkontraktene vil berøres nærmere under punkt 1.4 nedenfor.

1.3 Begrepsbruk

Det kan være hensiktsmessig å kommentere kort noen av begrepene som går igjen i denne avhandlingen. Der det vises til *sammenlignbare kontraktsområder* menes i første rekke entreprise- og fabrikkasjonsstandarder.

⁴ Det finnes imidlertid en del kilder rundt IT-kontrakter generelt, både fra dansk og amerikansk rett, men disse synes å fokusere på hvordan kontrakter bør se ut, og sier gjennomgående lite om hvordan etterfølgende problemer skal løses. Se eksempelvis N. Dragsted *IT-kontrakter 1 & 2* (Danmark, 2000).

⁵ De standarder som finnes i utviklingsforhold vil dermed gi begrenset veiledning.

Begrepet *endringer* vil ha flere betydninger, men det tas særlig sikte på de *endringer* som gir eller skulle ha gitt leverandøren krav på justering av tid og pris.

Begrep som *spesifikasjoner* vil bli forklart der disse kommer inn som tolkningsmoment.

Med *utviklingskontrakter* og – *avtaler* siktes det her til systemutvikling og utvikling av programvare, der ikke annet fremgår av sammenhengen.

Endringskompetanse innebærer i første omgang i hvilken grad en part kan initiere endringer som kan få betydning for den annen parts plikter etter kontrakten.

1.4 IT – standardkontrakter og praksis fra andre bransjer

1.4.1 Petroleumsstandarden

I olje- og gass-sektoren kan kontraktsverdiene bli svært store, og kontraktene løper ofte over lang tid (1-5 år). Man er dermed avhengig av at arbeidet går etter avtalt fremdriftsplan og at forholdet mellom partene er godt i hele kontraktsperioden. Dette er gjennomført i bransjestandarden NF92 ved at det avtales et endringsordresystem. Nedenfor følger en kort oversikt over hvordan disse reglene er gjennomført i petroleumskontrakter. Det må nevnes at det også foreligger en nyere standard på dette kontraktsfeltet – nemlig NTK 2000, som er en ”totalfabrikasjonskontrakt”. Denne bygger imidlertid nærmest utelukkende på NF 92, og all praksis og teori er tilknyttet den eldre standarden, samtidig som denne i stor grad fortsatt benyttes i bransjen. Der en sammenligning er naturlig med vårt felt, vil det i det følgende bli referert til NF 92. Den regulering som her er gjennomført har vært toneangivende for alle standarder som finnes både i IT, entrepris og skipsbygging, og det er derfor naturlig å berøre dette her.

Endringsreglene er regulert i art. 12 til 16 i NF 92. Dette er et komplisert regelsett som forutsetter at begge partene har satt seg meget godt inn i hvordan bestemmelsene fungerer i praksis. Hovedregelen i art.12 gir selskapet (kunden) en ensidig endringsadgang overfor leverandøren, innenfor rimelighetens grenser:

Art. 12.1 Selskapet har rett til å gi pålegg om slike Endringer av Arbeidet som etter selskapets oppfatning er ønskelige.

Endringer kan angå økning eller reduksjon i omfang, karakter, kvalitet, art eller utførelse av Arbeidet eller noe del av dette, samt endringer i Fremdriftsplanen.⁶

Selskapet har ikke rett til å foreskrive endringsarbeider som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått, jfr. art. 12.1, 3. ledd. Dette er ment å dempe den sterke posisjon kunden har fått gjennom sin ensidige endringsrett, men det skal i praksis mye til før man befinner seg utenfor denne grensen.⁷ Art. 12 til 16 legger rammene for dette avanserte kontraktssystemet, som i korte trekk går ut på at leverandøren må kreve en *endringsordre* for de deler av arbeidet han mener ligger utenfor kontraktens rammer. Dette må gjøres innenfor en streng preklusiv frist.

Denne reguleringen avviker fra alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og skal forsøke å hindre at partene kommer i den situasjon at de har tolket sin kontraktsposisjon feil – en situasjon som kan bli kommersielt meget belastende i de virkelig store kontrakter.

1.4.2 Entreprisestandardene

Den nye entreprisestandarden NS 8405 skal erstatte den eldre NS 3430, men her vil det i hovedsak bli referert til den eldre. Når det gjelder endringsreguleringen innebærer ikke den nye standarden de store forandringene, men er noe mer lik petroleumstandard. Det må imidlertid antas at det er de samme hensynene som ligger bak. Praksis og teori er nesten utelukkende knyttet til den eldre standarden, og det vil derfor være naturlig å

⁶ NF 92 art. 12.1

⁷ Se Kaasen, *Kommentar til NF 92, art. 12.1, s. 296 flg.*

ta utgangspunkt i denne når man skal sammenligne utviklingskontrakter med entreprisekontrakter.

NS 430 har et endringssystem som ligner det vi finner i NF 92, og opererer med samme prosedyre for krav om endringsordre og omtvistet endringsordre. De preklusive fristene er imidlertid ikke fullt så strenge. Dette kommer jeg tilbake til under vurdering av varslingsfrist i utviklingskontrakter. Entreprisestandardene er gjennomgående mindre rigide enn petroleumsstandarden, og årsaken til dette er at de i større grad også skal kunne passe i mindre kontraktsforhold.

1.4.3 IT-standarder

Det finnes hovedsakelig tre standardkontrakter som dominerer IT-bransjen. Disse er Statens standard, heretter SSA, IKT – Norges systemutviklingsstandard, heretter IKT og PS 2000 Utvikling, heretter PS 2000. Det hevdes at det system for endringshåndtering som finnes i disse standardene er sterkt inspirert av petroleumsstandarden, noe som også fremgår av kontraktstekstene. Prinsippet er imidlertid gjennomført i varierende grad, og er ikke så fullstendig utarbeidet som tilfellet er i NF 92, NTK 2000 og entreprisestandardene. Når det gjelder endringsordresystemet er likhetene påfallende: nøyaktig regulering skal hindre at uenigheter underveis ikke ødelegger fremdriften. SSA opererer med den mest formalistiske endringsreguleringen, og vil nok i kraft av å være Statens standard og også den mest brukte standarden være toneangivende for forståelsen av de andre utviklingsstandardene. I korthet er systemet ment å fungere på følgende måte⁸:

- 1. På bakgrunn av Kundens fremsettelse av endring skal Leverandøren utarbeide et overslag som angir endringens virkning på spesifikasjoner, tid og pris etc.*

⁸ SSA kapittel 9.

2. *Når kunden mottar denne avgjør han om han fortsatt vil ha endringen gjennomført, og eventuelt utsteder en endringsordre.*
3. *Oppstår det uenighet om endringens virkning på kontraktsprisen, skal det betales et foreløpig vederlag, som evt. må påklages av Leverandøren ved søksmål innen 6 måneder etter leveringsdato.*
4. *Oppstår det uenighet om det i det hele tatt foreligger en endring skal Leverandøren alltid kreve endringsordre. Hvis Kunden ikke er enig i at arbeidet er endring, skal det utstedes en omtvistet endringsordre, med begrunnelse.*
5. *Leverandøren kan kreve "oppmannsavgjørelse" vedrørende den omtvistede endringsordren. En nøytral part skal da avgjøre om arbeidet er å anse som en endring som har virkning på fremdrift og kontraktsprisen, etter nærmere bestemte regler og frister. Dette er en foreløpig avgjørelse for å sikre fremdrift, og partene plikter å forholde seg til denne fram til levering, hvorpå den enten kan påklages gjennom søksmål eller godtas som en del av arbeidet.*

Det fremgår tydelig av det ovennevnte at endringssystemet i SSA ligner det som finnes i NF 92 og i NS 8405. I praksis viser det seg likevel at partene ikke forholder seg til den fremgangsmåten som kontrakten foreskriver. Grunnene til dette kan være mange, og det har vært hevdet i teorien at et slikt system vedrørende endringer ikke egner seg for et utviklingsprosjekt.⁹ Dette går jeg imidlertid ikke noe nærmere inn på her.

1.4.4 Finnes det noen felles bransjestandard for utviklingsprosjekter?

Til tross for at det finnes flere godt utarbeidede standarder som alle regulerer løpende endringer,¹⁰ kan det neppe sies at disse representerer en felles oppfatning for hvordan

⁹ Jfr. Torvund, *IT-kontrakter* s. 125 (petit).

¹⁰ Se SSA, PS 2000 og IKT Norge

slike spørsmål skal løses i praksis, der hvor denne reguleringen mangler i kontrakten. Dette finner først og fremst støtte i det faktum at IT-bransjen representerer en svært uensartet gruppe aktører; sammenlignet med for eksempel entreprisområdet har man i langt mindre grad har ”bransjeetablerte” parter på begge sider.¹¹ Variasjonene i aktørenes størrelse og profesjonalitet er særlig fremtredende, og det samme er variasjonen i kontraktsstørrelsene. Det er etter min oppfatning tvilsomt om det i det hele tatt er treffende å karakterisere databransjen som noen bransje i kontraktsrettslig forstand.

Selv om kontraktspraksis må anses som en rettskilde, må det antagelig stilles langt strengere krav til hvor fast denne praksis må være for at den skal kunne få anvendelse der de respektive kontraktene mangler endringsregulering. Selv i store entreprisforhold har man i rettspraksis vært negative til å gi standardkontraktene anvendelse der dette ikke er uttrykkelig avtalt i kontrakten. Og jo større avvik fra alminnelige prinsipper det dreier seg om, jo mer skal det til før noe har blitt etablert som kontraktspraksis. Standardenes endringssystem bør etter min oppfatning ikke få direkte anvendelse der kontrakten er uklar eller taus vedrørende dette. Praksis og teori fra sammenlignbare kontraktsforhold, samt bransjepraksis vil imidlertid kunne komme inn som tolkningsmomenter, noe jeg vil komme tilbake til senere i avhandlingen.

2 UTVIKLINGSKONTRAKTER – SÆRTREKK

Utviklingskontrakten, i denne avhandlingens forstand, er en avtale mellom leverandør og kunde, hvor leverandøren skal utvikle et dataprogram eller datasystem som er

¹¹ I entrepris har man en rekke organisasjoner og sterke byggeaktører på begge sider, for eksempel Statsbygg, Husbyggernes landsforening, div. entreprenørsammenslutninger, etc.

spesialtilpasset den bestemte kunden.¹² Det er således snakk om et tilvirkningsprosjekt. Avhengig av størrelsen på prosjektet vil utviklingskontrakter, i likhet med andre store tilvirkningskontrakter, basere seg på en fremdriftsplan med et milepælsystem, hvor de kritiske fasene av prosjektet er angitt på forhånd. Noen standardkontrakter opererer med misligholdsvirkninger hvis milepælene i fremdriftsplanen ikke holdes.¹³ I denne avhandlingen vil det imidlertid ikke tas sikte på å avgjøre misligholdsvirkningene, men vurdere om det foreligger mislighold eller ikke. Hvordan dette stiller seg i forhold til en dagmulksanksjonert milepæl, tar jeg ikke standpunkt til her.¹⁴ I det følgende vil det trekkes frem noen ytterligere særtrekk som vil kunne ha betydning for risikovurderingen i programutviklingskontrakter.

2.1 Prosjektering og planlegging

Det finnes som nevnt en rekke særtrekk ved utviklingskontrakter som gjør at de skiller seg fra alminnelige kontrakter. Disse særtrekkene har imidlertid felles med en del andre kontraktsfelt, noe som har gitt seg utslag i de mest kjente utviklingsstandardene.¹⁵ Kontraktsarbeidet i forbindelse med utvikling av programvare vil i større grad enn kanskje noen andre kontraktsområder være preget av prosjektering og planlegging. Både innen entrepris- og fabrikkasjonskontrakter vil det selvfølgelig være grunn til omfattende planleggings og prosjekteringsarbeid, men det er først når oljeplattformen eller kontorbygget skal oppføres, og de utallige modulene skal settes sammen til en enhet, at de fleste problemene oppstår, også hva gjelder endringsarbeid. For eksempel vil det kunne vise seg at grunnforholdene der kontraktsgjenstanden skal oppføres gjør det vanskeligere enn antatt å oppføre bygget, eller at værforholdene gjør kontraktsarbeidet vanskelig. Tar man for seg en fremdriftsplan i en fabrikkasjonskontrakt

¹² Arbeidet kan vel således plasseres i kategorien *spesieytelser*, men dette har neppe noen betydning i forhold til risiko for endringer.

¹³ Jfr. bl.a. NF 92 art. 24, se Kaasen *Kommentar til NF 92 art. 24.1, om dagmulksanksjonerte milepæler*.

¹⁴ Det allikevel nokså upraktisk; det er lite sannsynlig at kontrakten har et slikt system uten endringsordrer.

¹⁵ Se punkt 1. 4. 3

vil man raskt se at en stor prosentandel av de frister som er avtalt er knyttet til selve byggingen.

I programutvikling vil det derimot gjennomgående være mest arbeid forbundet med prosjekteringen og planleggingen. Satt på spissen vil det gjenstående arbeidet, når prosjekteringen er unnagjort, kunne bestå i en enkel ”punch-jobb” og å brenne programmet på dvd-rom, eventuelt installasjon og testkjøring. Dette ligger i og for seg i begrepet utvikling, men det er så fremtredende i disse kontraktene at det bør nevnes særskilt. Særlig vil dette ha betydning når man skal sammenligne de ulike typer kontrakter. Dessuten vil ofte vedlikehold, support og brukeropplæring være en del av avtalen mellom partene. Det vil derfor også være mye arbeid som gjenstår for leverandøren etter levering. Dette ligger imidlertid utenfor denne avhandlingens rammer.

2.2 Uforutsigbarhet og ”læring underveis”

Det som i størst grad skiller programutviklingskontrakter fra andre kontraktstyper er at kontraktsarbeidet innebærer at man må lære nye ting underveis. I de fleste tilfeller bør begge parter være klar over dette når kontrakten inngås. Systemprogrammering er fortsatt en nokså ”ny” teknologi og utviklingen på området går svært raskt, raskere enn i for eksempel entrepriseforhold. Det er vel heller sjelden at man i forbindelse med oppføring av fast eiendom underveis oppdager at den foreskrevne fremgangsmåten slett ikke var gjennomførbar. Hvis så skulle være tilfelle i entrepris har det nok formodningen mot seg at prosjekteringen har vært tilfredsstillende.¹⁶

Dette er imidlertid noe som kan inntreffe nokså ofte ved programutvikling, og trenger ikke være utslag av svak prosjektering eller dårlig planlegging fra noen av partene.

¹⁶ Salhus-flytebrudommen i Rt. 1999 s. 922 må i så fall være unntaket som bekrefter regelen. Denne kommer jeg tilbake til i den videre drøftelsen.

Dette gjør at ansvarsfordelingen i forbindelse med mislighold og endringer kan bli en vanskelig vurdering når problemene ikke har blitt løst underveis. I denne sammenheng er det også grunn til å nevne et annet særtrekk ved utvikling av programvare, nemlig at disse kontraktene generelt er tilknyttet større usikkerhet enn for eksempel entrepriser. Det er faktisk slik at det er en viss risiko for at prosjektet enten ikke lar seg gjennomføre slik som man har forutsatt, eller kanskje til og med ikke lar seg gjennomføre i det hele tatt. Dette er gjennomgående karakteristisk for denne type avtaler og bør være et moment i risikovurderingen hvis det skulle oppstå tvist om forsinkelse, mangel eller uenighet om vederlagets størrelse.

Undersøkelser fra USA gjort på bakgrunn av flere hundre programutviklingsprosjekter av varierende størrelse viser at hele 24 % av alle prosjektene ble kansellert før levering fant sted. For de aller største prosjektene var dette tallet hele 65 %.¹⁷ Samme undersøkelse viste at nesten 14 % av alle prosjektene var forsinket. Variasjonen mellom de minste og de største prosjektene var her like påfallende: snau 2 % for de små og hele 24 % for de aller største. Undersøkelsen ga ikke svar på hva som var årsakene til forsinkelse og heving, annet enn at det de fleste tilfeller skyldtes store tids- og kostnadsoverskridelser.¹⁸ Kvalitative mangler ved systemet/ programmet er tydeligvis ikke en så vanlig misligholdsgrunn. Risikoen for at kunden kommer med misligholdsinnsigelser må altså antas å være store, og sjansen for at man vil ende opp med en risikovurdering vedrørende endringer er absolutt til stedet.

Av de hensyn som særlig gjør seg gjeldende i utviklingskontrakter, kan det naturlig nok være grunn til å endre kontraktsarbeidet slik at man oppnår det resultat som man med tiden ønsker. Dermed kan det bli snakk om svært mange endringer av større eller mindre art, og dette vil kunne få konsekvenser for prosjektets fremdrift og pris.

¹⁷ Capers Jones, *Conflict and litigation between software clients & Developers*, se <http://www.softerra.com/files/conflict.pdf> (20. 03. 05)

¹⁸ Det typiske misligholdte prosjekt fra amerikansk rettspraksis er over ett år forsinket og over 50 % dyrere enn opprinnelig avtalt, jfr. *Conflict and litigation between software clients and developers*, s. 5

2.3 Grunnleggende forutsetninger

En programutviklingsavtale er av en slik karakter at det bare er leverandøren som har noen forutsetning for å fullføre kontraktsarbeidet hvis det skulle oppstå forsinkelse eller mangelsinnsigelser. Det vil derfor være lite rom for både mangelfull levering, heving ex nunc og prisavslag. Det vil ofte være slik at enten fungerer programmet som det skal, eller så fungerer det ikke. Mangelfull levering, mot for eksempel prisavslag, vil nok mer sjeldent være aktuelt. Et program som utvikles med den spesifikasjon at det skal kunne håndtere alle aspekter av for eksempel en bedrifts merverdiavgiftssystem vil være lite verdt hvis det ikke kan håndtere bedriftens både inn- og utbetalinger.¹⁹

Et siste særtrekk ved programutviklingskontrakter som jeg vil trekke frem her er at leverandøren i liten grad er avhengig av underleverandører. Dette kan bidra til å forenkle tvisteløsningen noe, fordi det dermed er ”færre å skyldte på” ved et eventuelt mislighold. Samtidig er det enklere for leverandøren å dokumentere eventuelle endringer fordi de etter all sannsynlighet er gjort av leverandørens egne ansatte og kontraktshjelpere.

I en utviklingskontrakt vil man i likhet med alle andre leveranser ha gitte tids- og prisforutsetning. Partene har i kontrakten blitt enige om hva som er riktig tid og pris for prosjektet, enten gjennom anbud eller forhandlinger mellom partene. Denne avhandlingen er i første omgang rettet mot de kontrakter som opererer med en ”låst masse”, dvs. en opprinnelig fast pris og fremdriftsplan.²⁰ Tillegg til avtalt tid og pris

¹⁹ Mangelsspørsmål oppstår selvfølgelig også i IT-leveranser, men i utviklingsforhold er dette mindre vanlig, jfr. informasjon fra IKT – Norge.

²⁰ Se Krüger, *Norsk kontraktsrett* Kap. IV s. 319 flg. for nærmere om skillet mellom fast pris og regnings- eller enhetspris i tjenesteytelser.

som følge av endringer kan kun gjøres gjeldende i de tilfeller der risikoen for endringene faller på kunden, eller der partene har inngått en tilleggsavtale.

Kai Krüger nevner 5 typetilfeller der tillegg til avtalt fastpris og enhetspris kan bli aktuelt:²¹

- 1) Kontrakten gir uttrykkelig hjemmel for dekning av utgiftene²²,*
- 2) kunden har på ansvarsbetingende måte gitt misvisende grunnlag for leverandørens prosjektering,*
- 3) den faktiske utførelsen går ut over det leverandøren med rimelighet kunne forutsette i kontraktsforholdet,*
- 4) bakgrunnsrettens regler om kontraktsrevisjon ved irregulær utvikling, umulighet, rimelighetslempning og lignende gir hjemmel for endring slik at leverandøren har krav på mer betaling, og til slutt*
- 5) leverandøren utfører endringsarbeid på oppfordring fra kunden som han i slike sammenhenger ikke er forpliktet til å gjøre etter kontrakten.*

I denne sammenheng er utgangspunktet at kontrakten ikke gir noen slik hjemmel, da ville problemet i all hovedsak vært løst ved å gå igjennom kontrakten. Typetilfelle 2 vil kunne være relevant i de tilfeller der kunden har hele eller deler av prosjekteringsansvaret, hvilket ikke er helt upraktisk, jfr. overfor i pkt.4. Krügers typetilfeller. 3, 4 og 5 vil derimot være aktuelle, men i tillegg vil lojalitetshensyn og varslingsregler være meget sentrale. Jeg kommer tilbake til dette i drøftelsene under punkt 3 til 5.

²¹ Krüger, *Norsk kontraktsrett* s.352

²² I de ulike standardkontraktene er risikoen forsøkt fordelt i selve kontrakten.

3 AVTALETOLKNING OG AVTALEINNGÅELSE

Endringshåndtering kan være omfattet av selve avtaleteksten eller kan fremgå etter en tolkning av denne. Når man ved tolkning av avtalen skal forsøke å fastslå hvilken fremgangsmåte partene skal forholde seg til for endringer, er det som ellers naturlig å ta utgangspunkt i avtalens ordlyd. Andre alminnelige tolkningsregler som f. eks uklarhetsregelen. I tillegg vil det være nødvendig å se på at dersom avtalen er en standardkontrakt, har Høyesterett angitt noen retningslinjer for tolkning av disse. I tillegg vil kjøpsrettslige vurderinger være av betydning.

3.1 Ordlyden

I alle kontraktstvister vil utgangspunktet for en løsning ligge i kontraktens ordlyd. Vanligvis vil ordlyden kunne gi en pekepinn på hva partene måtte ha tenkt eller ikke tenkt da de satt seg rundt forhandlingsbordet.

Innledningsvis er det grunn til å slå fast at en avtale av denne karakter som er inngått mellom profesjonelle aktører i utgangspunktet må undergis en tilnærmet objektiv tolking hvor ordlyden tillegges stor vekt, jfr. Rt. 2002 s. 1155.²³ Det er imidlertid ikke helt upraktisk at kontrakten som har blitt brukt i et programutviklingsprosjekt ikke har noen klare prosedyrer for hvordan man skal håndtere prosjektets løpende endringer. Ordlyden gir naturlig nok ikke noe svar og dette må dermed løses på annet grunnlag hvis det oppstår tvist på leveringstidspunktet. Hvem som skal holdes ansvarlig for at kontrakten ikke kan gjennomføres til riktig tid, vil da bero på bakgrunnsretten og alminnelige tolkningsprinsipper.

Et utgangspunkt kan være å begynne med å tolke kontrakten for å se om dette kan gi en pekepinn på hvordan den mangelfulle kontrakten var ment å forstås i sin opprinnelige

²³ Rt. 2002 s. 1155

form. Om en slik kontrakt bør tolkes objektivt eller subjektivt vil jeg ikke gå nærmere inn på her, idet dette heller ikke er avgjørende for hvordan endringer skal håndteres i forbindelse med en forsinkelse eller vederlagsjustering.

Tolkning er heller ikke mer enn et utgangspunkt – som jeg vil komme tilbake til er det nok andre forhold som i praksis har større betydning når risikovurderingen skal foretas.

3.2 Uklarhetsregelen

En tolkningsregel som vil kunne komme til anvendelse når man skal fastslå hvilket system partene har avtalt for endringshåndtering denne sammenheng er hvem som har utarbeidet kontrakten. Et alminnelig prinsipp i norsk kontraktsrett er den såkalte uklarhetsregelen, som innebærer at man tolker kontrakten i disfavør av den som har forfattet den²⁴ - eller som Høyesterett uttrykker det:

*”En kontrakt må i tvilstilfeller tolkes mot den som eter forholdene burde ha uttalt seg tydeligere.”*²⁵

En slik regel vil kunne få betydning i en uklar utviklingskontrakt, særlig i en individuelt utarbeidet kontrakt. Hvis kunden har laget en kontrakt som er taus hva angår endringshåndtering, er det på bakgrunn av dette prinsippet naturlig å tolke kontrakten i den retning at leverandøren skal ha krav på justering i tid og pris for de endringer som må gjøres for å oppnå et for kunden akseptabelt program. Tilsvarende vil det være i et omvendt tilfelle; hvis leverandøren har forfattet kontrakten vil det være nærmest å plassere risikoen for manglende endringsregulering på ham. Formodentlig skal alle endringer dermed avtales separat som tilleggsavtaler, i motsatt fall vil leverandøren selv måtte bære risikoen for at han har feiltolket sin kontraktsposisjon. Disse synspunkter

²⁴ Knoph, *Oversikt over norsk rett*, s. 253

²⁵ Rt. 1979 s.676

underbygges ved at man i et slikt kontraktsforhold må forvente mye endringer og fleksibilitet, jfr. punkt 2 ovenfor.

Uklarhetsregelen vil være et moment i vurderingen for hvor risikoen for manglende endringsregulering skal plasseres, men vil sjelden være avgjørende alene. Jeg vil komme tilbake til uklarhetsregelen under punkt 4.

3.3 Standardkontrakter

Høyesterett har uttalt at det generelt er grunn til å vise varsomhet ved tolkningen av standardkontrakter, se bl.a. Rt 1981 s. 445.²⁶ Grunnene til et slikt syn kan være mange, men særlig er nok det subjektive moment viktig; en standardavtale er ikke utarbeidet på grunnlag av to konkrete parter forutsetninger, og partsviljen vil således ikke være avgjørende for kontraktens forståelse.

Den risikoplassering som følger av kontrakten bør derfor etter en ordlydstolkning legges til grunn som den står. Det stiller seg naturlig nok noe annerledes hvis partene bevisst har forandret innholdet i standardkontrakten, for eksempel ved å avtale et eget endringsordresystem.²⁷

3.4 Kjøpsrettslige tilnærminger

Også alminnelig kjøpsrett vil kunne være relevant når man skal tolke en systemutviklingskontrakt.

²⁶ Rt. 1981 s. 445

²⁷ Da følger man ikke lenger det standardiserte system, og partsviljen etc. vil igjen være tolkningsmomenter.

Forsinkelse innebærer at kontraktsgjenstanden ikke er klar for levering til det avtalte leveringstidspunkt. I kjøpsloven er dette regulert i kapittel 3.²⁸ Kjøpslovens anvendelsesområde er angitt i § 1 og omfatter kjøp for så vidt ikke annet fremgår av avtale. I § 2 finner man en henvisning til tilvirkningskjøp, og den sier at også tilvirkningskjøp der kunden ikke stiller med vesentlig deler av materialene er omfattet. Det kan i denne sammenheng være hensiktsmessig å klargjøre om utvikling av programvare anses å falle inn under denne kategorien, for å finne ut om kjøpslovens bestemmelser får direkte anvendelse.

Kjøpsloven § 2, 2.ledd har en avgrensning som sier at avtaler som pålegger leverandøren å utføre arbeid eller annen tjeneste som utgjør en overveiende del av hans forpliktelse faller utenfor kjøpslovens område. Etter forarbeidene²⁹ er dette i første omgang ment å fange opp de avtaler hvor salget og tjenesten er så vidt selvstendige deler at det er grunn til å anse de som separate deler, men også tilfeller der det er umulig å skille nevneverdig mellom ytelsene skal kunne omfattes på bakgrunn av en helhetlig vurdering. En avtale om overdragelse av et standardprogram, hvor leverandøren som et ledd i avtalen er ansvarlig for installasjon og/eller vedlikehold og support, vil typisk falle inn under denne kategorien. Avtalen har da mer et preg av en tjenesteavtale, fordi selve kjøpet utgjør en mindre del av avtalen, og faller dermed utenfor kjøpslovens bestemmelser. Et eksempel på denne avgrensningen finner vi i en dom fra Borgarting lagmannsrett hvor lagmannsretten bekrefter at hvis tjenesteytelsen utgjør den fremtredende del både av den funksjonelle og økonomiske siden av avtalen, så faller dette utenfor kjøpsloven.³⁰

Om systemutvikling/ utvikling av programvare vil falle inn under denne kategorien er diskutabelt og det sies ikke noe klart om dette i teori eller praksis. Her vil brorparten av kontraktsarbeidet utvilsomt knytte seg til tilvirkningen av programmet, enten dette

²⁸ Lov om kjøp 13. mai. Nr. 27.1988

²⁹ Ot.prp.nr.80 1986-87

³⁰ LB-1998-2778

består i prosjektering eller selve konstruksjonen av programmet. På den annen side er kjøpselementet i en slik overdragelse av minimal karakter; uten den prosjekterings- og utviklingstjenesten leverandøren utfører vil selve løsøregjenstanden være verdiløs.³¹

Forarbeidene til kjøpsloven sier at ved tvil om noe er en tjenestavtale eller et kjøp, må man se på hvilken av de to delene som utgjøre den overveiende del av ytelsen.³²

Antageligvis er det mer naturlig å sammenligne prosjektering og planlegging i forbindelse med utviklingen av et program med en arkitektprosjektering i forbindelse med fast eiendom, noe som helt klart faller utenfor loven. I mangel av holdepunkter i teori og praksis vil det nok være mest naturlig å anse de kontraktene som her behandles som tjenesteytelser, og at vi dermed befinner oss utenfor kjøpsloven.

Om utviklingskontrakten er å betrakte som et kjøp eller ikke er imidlertid av begrenset betydning i forhold til vår problemstilling, fordi kjøpsloven hovedsakelig gir uttrykk for alminnelig kontraktsrettslige prinsipper.³³ Kjøpslovens regler vil dermed kunne komme analogisk til anvendelse, også i de tilfeller hvor man befinner seg utenfor lovens rammer.³⁴

Kjøpsloven har ikke noen konkrete bestemmelser som synes å være egnet til å løse tvister knyttet til endringer. Kai Krüger hevder at kjøpsloven dermed kan synes å forutsette at endringer må avtales særskilt gjennom endringsavtaler for at disse kan påberopes som grunnlag for å hevde at forsinkelsen skyldes forhold på kundens side.³⁵ Han viser dessuten til at noe veiledning kan følge av kjøpsloven i den forstand at loven ikke pålegger selgeren å levere noe mer eller annet enn det som er avtalt.

³¹ En CD-romplate har tilnærmet ingen verdi

³² Ot. prp. nr. 80 (1986-87) side 50.

³³ Se Selvig, *Innføring i kjøpsrett*, Krüger, *Norsk kjøpsrett*

³⁴ Se for eksempel Rt. 2000 s. 632 (s. 641). Gjaldt riktignok erstatningsregler.

³⁵ Krüger, *Norsk Kjøpsrett* s.629

Selv om dette kan virke som en tungvint løsning i utviklingskontrakter, må et slikt syn legges til grunn der kjøpsloven anvendes analogisk i vurderingen om hvem som skal bære risikoen for forsinkelse eller vederlagsøkning.³⁶ Er det ikke inngått noen avtale underveis, taler dette i et kjøpsrettslig perspektiv for at leverandøren bærer risikoen, og at endringsarbeidet var en del av kontrakten.

Kjøpsloven gir etter mitt skjønn ikke annen direkte veiledning enn det som følger av § 22 om forsinkelse, nemlig at det ikke foreligger forsinkelse hvis dette skyldes forhold på kundens side, og man har således ikke kommet noe videre.³⁷ Som nevnt faller programutviklingsavtaler utenfor kjøpslovens anvendelsesområde. Enkelte kjøpsrettslige bestemmelser, for eksempel vedrørende reklamasjon for mangler, vil allikevel kunne komme til anvendelse analogisk. Jeg vil derfor berøre kjøpsloven også i forbindelse med varslingsfrister og partenes medvirkningsplikt i den videre drøftelsen som et ledd i behandlingen av alminnelige prinsipper.

3.5 Prinsippet om ytelse mot ytelse

Prinsippet om ytelse mot ytelse er grunnleggende i norsk kontraktsrett og vil kunne være egnet til å kaste lys over tolkningen av den aktuelle utviklingskontrakt.

Hovedhensynet bak prinsippet om ytelse mot ytelse er at ytelsene skal stå i forhold til hverandre. Selgeren skal ikke måtte levere noe han ikke får betaling for, og kjøperen skal ikke måtte betale for noe han ikke får levert. Det er således snakk om et alminnelig prinsipp, men det er mest naturlig å ta det opp her. Dette kommer ikke direkte frem i noen konkret bestemmelse i loven, men synliggjør seg i en del av kjøpslovens

³⁶ Tilleggsavtaler for hver enkelt endring vil kunne gjøre kontraktsadministrasjonen tungvint.

³⁷ Jfr. kjl. § 22

bestemmelser.³⁸ Først og fremst kommer dette til uttrykk i partenes rett til å holde egen ytelse tilbake, og i bestemmelsene om prisavslag og avhjelp.

I denne sammenheng vil utgangspunktet være at hvis det har oppstått forhold som gjør at leverandøren må endre sin forpliktelse, skal dette få konsekvenser for kundens ytelse. Det vil ikke være mulig å plassere risikoen for endringer på en av partene på bakgrunn av dette prinsippet i en kommersiell kontrakt, men det vil etter mitt skjønn ligge helt i bunn som et grunnleggende tolkningsmoment.

4 SPESIFIKASJONENES BETYDNING FOR ENDRINGSPROBLEMATIKKEN

Det vil ofte ikke være mulig å foreta en tolkning av selve kontrakten uten også å vurdere kontraktens spesifikasjoner. Det vil herunder ofte ikke være mulig ut i fra ordlyden i selve kontrakten å fastslå hvor langt leverandørens plikter går i forhold til de endringen kunden krever. Dette gjør seg særlig gjeldende der spesifikasjonene er generelle i sin angivelse av kontraktsgjenstanden og kontraktsarbeidet. Kunden vil hevde at spesifikasjonene er generelle, og dette innebærer at leverandøren ved kontraktsinngåelsen har forpliktet seg til å gjøre det som kunden finner nødvendig (selvfølgelig innenfor rimelighetens grenser) for å oppnå det produkt som han ønsker, mens leverandøren på sin side vil påstå at den generelle rammen gir ham rom for tillegg i tid og pris der han mener at endringen ligger utenfor kontraktsplikten.

Spesifikasjonene vil i denne sammenheng først og fremst få betydning for hvorvidt det er avtalt endring eller ikke. Men de vil også være av interesse når man skal avgjøre risikoen for den manglende avklaringen av endringene underveis, se punkt 5.

³⁸ Særlig i kjl. §§10 og 49. Se Erling Selvig, *Kjøpsrett til studiebruk s. 63*.

Spesifikasjonene er en del av kontrakten, og det vil være naturlig å se hen til disse både når det er usikkert om endringsavtale er inngått og når det er uenighet om endringen er en del av den opprinnelige avtalen. Under dette punkt vil jeg si litt om hvordan spesifikasjonene får betydning i vurderingene. Den mer konkrete drøftelsen i forhold til risiko for manglende avklaring vil jeg imidlertid komme tilbake til under punkt 5.

Spesifikasjonene vil legge rammene for hva som er omfattet av kontrakten. Hvis spesifikasjonene er uklare, vil også rammene for kontrakten være uklare. Er de derimot svært detaljerte, vil dette gi en klarere ramme for leverandørens plikter. De gir uansett et utgangspunkt når man skal tolke om endringsavtale er inngått, og også for vurderingen om hvem som skal bære risikoen for at endringsproblemene ikke ble avklart underveis.

Hva slags spesifikasjoner som må anses å foreligge vil kunne gi veiledning for tolkningen. Hvilke uklarheter i spesifikasjonene som vil kunne bli påberopt er typisk der hvor man først og fremst har angitt programmets formål, men har vært tilbakeholdende med å angi hvilke løsningsmodeller, metoder og applikasjoner som skal benyttes i utviklingen. I de fleste kontrakter vil spesifikasjonene være utarbeidet av partene i fellesskap ved at kunden stiller med funksjonsspesifikasjonen og at partene sammen blir enige om en form for ”produktspesifikasjon”.³⁹ Hvordan spesifikasjonen bør se ut er utenfor rammene av denne oppgaven, det sentrale er hva partene i sin tid faktisk avtalte.⁴⁰

Se bl.a. Barbo s.229 flg.

· IKT-systemutvikling synes å legge denne løsningen til grunn, se art. 3.1.2 jfr. 3.3.3.

⁴⁰ For mer utfyllende dekning av spesifikasjoner, se Torvund, *IT-kontrakter*, s.73 flg.

4.1 Spesifikasjonsformen

Det vil være naturlig å ta utgangspunkt i at en programutviklingsavtale pålegger leverandøren en resultatforpliktelse. Således vil man umiddelbart anta at leverandøren er ansvarlig for at det angitte resultatet oppnås og at det leveres til avtalt tid. Imidlertid vil kunden i et programutviklingsprosjekt gjerne bidra med hele eller deler av spesifikasjonen, slik at han får plass for leverandøren hva han vil ha. Også her vil det i praksis bli problemer, fordi kunden ofte ikke vet hva han vil ha før underveis i prosjektet.

I juridisk litteratur er spesifikasjonsbegrepet variabelt og det er ikke enighet om hvilket navn man skal sette på de ulike formene for spesifikasjoner. Jeg velger å holde meg til det hovedutgangspunkt Torvund tar i sin IT-kontrakter⁴¹, hvor de to hovedtilnærmingene til hvordan man spesifiserer en ytelse er funksjonsspesifikasjon og enhetsspesifikasjon. Herunder kan man igjen få for eksempel kravspesifikasjoner og løsningsspesifikasjoner. Funksjonsspesifikasjonen er kvalitativ, dvs. at den angir hvilke oppgaver programmet som utvikles skal utføre. Enhetsspesifikasjonen er kvantitativ og angir de ulike elementene programmet skal bygges opp av, som grensesnitt, kommunikasjonsprotokoll, programmeringsspråk etc. I praksis vil man gjerne stå overfor en kombinasjon av disse, men jeg vil anta at det i programutviklingsforhold er mest vanlig med en funksjonell tilnærming, uten at dette kan begrunnes med noe konkret eksempel.

4.2 Har det betydning hvilken spesifikasjonstype som er valgt?

Det ligger i sakens natur at en enhetsspesifikasjon legger mye av risikoen for at man oppnår riktig resultat på kunden. Den legger i stor grad føring for hvordan leverandøren skal gå frem og hvilke verktøy han kan benytte seg av i arbeidet med å utvikle

⁴¹ Se Torvund, *IT-kontrakter* s. 71

programmet for kunden. Dette taler for at kunden holdes ansvarlig hvis det uheldigvis skulle vise seg at prosjektet ikke lar seg gjennomføre i det hele tatt, forutsatt at leverandøren har oppfylt sine øvrige plikter etter kontrakten. Etter mitt skjønn vil et slikt syn igjen peke i retning av at kunden også bør bære risikoen for at man blir nødt til å tilpasse programmet gjennom endringer og dermed får en forsinkelse eller en annen pris enn det som opprinnelig var avtalt.

Er det imidlertid snakk om en funksjonsspesifikasjon, vil leverandøren være nærmest til å bære risikoen for at prosjektet kan gjennomføres, særlig med tanke på at han frivillig har påtatt seg et oppdrag på dette mer eller mindre uklare grunnlag. Har man å gjøre med en av disse rene spesifikasjoner vil synspunktene her kunne komme til anvendelse.

Uansett valg av spesifikasjon vil man allikevel måtte undersøke om leverandøren har oppfylt sin veilednings- og opplysningsplikt overfor kunden, slik at man kan slå fast om leverandøren i kraft av sin kompetanse forsto eller burde ha forstått at den aktuelle spesifikasjon ville være et vanskelig arbeidsgrunnlag før prosjektet skulle igangsettes. Omfanget av denne plikten må antas å være den samme som i forhold til varslingsreglene. Varslingsregler vil bli behandlet under punkt 5.

Det er sjelden at kontrakter opererer med en rene enhets- eller funksjonsspesifikasjoner. I de fleste tilfeller vil man ha å gjøre med en blanding av disse to, og det kan derfor være vanskelig å plassere risikoen ut i fra spesifikasjonene uten å konferere med bakgrunnsretten. Det er ingen tvil om at spesifikasjonene, sammen med kontrakten, danner grunnlaget for leverandørens kontraktsforpliktelser. Hvilken spesifikasjon man er nærmest vil antageligvis kunne belyse risikospørsmålet.

4.3 Spesifikasjonenes virkning på kontraktsforpliktelsen

Som nevnt er det ingen tvil om at spesifikasjonene, uten hensyn til hvilken form som er valgt, legger rammene for leverandørens kontraktsforpliktelser.⁴² Han skal i tillegg til det som følger av en generell tolkning av avtalen, utvikle et program som i størst mulig grad er i overensstemmelse med de angivelser som finnes i spesifikasjonene. Er disse uriktige og man dermed får en forsinkelse eller fordyrelse i prosjektet, vil risikoen for dette måtte avgjøres på grunnlag av en avveining mellom leverandørens undersøkelsesplikt og kundens medvirkningsplikt.⁴³

Viser det seg derimot at spesifikasjonene ikke var uriktige i sitt innhold, men rett og slett var for generelle til at man umiddelbart kan tolke ut i fra de hva som måtte antas å være en del av kontraktsarbeidet, vil forutsetninger være et nøkkelord i den videre vurderingen. Forutsetningene utgjør for leverandøren den tids- og arbeidsmengde som han ut i fra spesifikasjonene med rimelighet kunne forvente at ville gå med til utviklingen av det aktuelle program.

Det finnes imidlertid så vidt jeg kjenner til ingen avgjørelser hvor spørsmålet rundt uklare eller generelle spesifikasjoner har kommet på spissen, men dette syn finner støtte i juridisk teori.⁴⁴

Om spesifikasjonene er av så uklar eller generell karakter at de bør gi leverandøren ekstra tid eller vederlag for løpende endringer som ikke er fastlagt underveis må avgjøres konkret i forhold til den enkelte endringspost.⁴⁵ Det vil ikke være rimelig å si

⁴² Se punkt 4.

⁴³ Jfr. punkt 5. 3. 4 og 5. 4

⁴⁴ Se om opplysningsrisiko: Krüger *Norsk kontraktsrett* § 13 s.256 flg., Barbo Kap. 14. s.301 flg., Hagstrøm *Obligasjonsrett* s.123 flg.

⁴⁵ Domstolene velger som oftest denne fremgangsmåten, se for eksempel LG-1990-301, som riktignok ikke dreier seg om uklare spesifikasjoner, men den generelle forutsetningen for kontraktsarbeidets omfang.

at på grunn av at spesifikasjonenes uklarheter vil kunden måtte akseptere at leverandøren skal ha krav på tillegg i tid og pris for en hvilken som helst henvendelse underveis som kunden har kommet med i forbindelse med arbeidsmengden. Ved å se på den faktiske utførelsen og sammenligne med spesifikasjonene, vil man formodentlig få et bilde av hva man måtte forvente av denne leverandøren i det enkelte endringstilfellet.

Alminnelige tolkningsprinsipper som uklarhetsregelen og bransjepraksis vil naturligvis være veiledende også i denne forbindelse. Er det utelukkende kunden som har utarbeidet spesifikasjonene på eget initiativ, og disse er mer eller mindre uklare, vil dette tale i retning av at man plasserer risikoen for at dette fører til uenigheter vedrørende kontraktsforpliktelsen på han. Jeg viser for øvrig til behandling av uklarhetsregelen i punkt 3.2. Forutsetningssvikt i et mer generelt perspektiv vil bli behandlet i nedenfor.

5 RISIKO FOR MANGLENDE AVKLARING AV ENDRINGER UNDERVEIS.

De momenter som ble behandlet under forrige punkt vil ikke alltid kunne avgjøre hvem av partene som bør ha risikoen for at prosjektet er forsinket eller mer kostbart enn avtalt. Kjøpsretten gir som nevnt i punkt 3. 5 i liten grad direkte veiledning. En ren ordlydstolkning blir det vanskelig å få noe ut av når endringsregulering mangler. Selv om spesifikasjonene er en viktig del av avtalen, og også en viktig tolkningsfaktor, sier de først og fremst noe om hva som opprinnelig ble avtalt.

For å plassere risikoen for konsekvenser av endringer som ble gjort underveis, må man dermed se på hvordan partene har forholdt seg underveis. Etter mitt skjønn blir vurderingen av om partene må anses å ha blitt enige underveis og den mer generelle risikovurderingen i forhold til den enkelte endring i stor grad sammenfallende.

To ulike situasjoner vil kunne utgjøre utgangspunkt for drøftelsen. For det første den situasjon hvor man er enige om at det foreligger en endring i kontraktsrettslig forstand, men hvor det er uenighet om hvem som skal bære risikoen for at dette ikke ble klargjort

underveis.⁴⁶ For det andre den situasjon hvor det oppstår spørsmål om endringen som er foretatt i det hele tatt er en endring i kontraktens forstand – altså en tvist om kontraktsomfanget. I det følgende vil det først og fremst fokuseres på førstnevnte, men drøftelsen i forhold til sistnevnte vil etter mitt skjønn være sammenfallende. Det vil videre skilles mellom de kontrakter som har et endringssystem, men hvor partene ikke har forholdt seg til dette, og de kontrakter som ikke regulerer endringsrisiko i det hele tatt.

I de standardkontrakter som er omtalt her vil dette ideelt sett ikke bli noe problem, fordi endringshåndteringen er regulert slik at man unngår nettopp disse situasjoner. Systemene er i stor grad lagt opp slik at man når det inntreffer endrede forhold blir tvunget til å avgjøre om de innebærer en utvidelse av leverandørens kontraktsforpliktelser eller om de må anses å ligge innenfor kontrakten. Dette systemet skal først og fremst sikre fremdriften i prosjektet⁴⁷. Etter NF 92 vil dette skje ved at leverandøren krever endringsordre som selskapet enten aksepterer ved å utstede endringsordre eller benekter ved å utstede en omtvistet endringsordre.⁴⁸ Et lignende system følger også av NS 8405 på entrepriserområdet og av de største IT-standardene.

5.1 Kontrakten opererer med et endringssystem

Hvis kontrakten har et endringsordresystem vil spørsmålet i utgangspunktet løse seg greit ved å sammenligne partenes disposisjoner med kontraktens ordlyd, jfr. avsnittet over. Den part som har forsømt sin aktivitetsplikt i forhold til den foreskrevne fremgangsmåten vil måtte bære risikoen for at endringen ikke ble klarlagt underveis, jfr. de strenge preklusjonsfristene som finnes i de aktuelle standardkontraktene.⁴⁹

⁴⁶ I denne sammenheng vil nok uenigheten oppstå fordi man ikke har avtalt endringen skriftlig i kontrakten.

⁴⁷ Jfr. Kaasen, del IV "Oversikt over art.12-16"

⁴⁸ Se nærmere om dette i pkt. 2.1 ovenfor.

⁴⁹ Jfr. over under punkt 1. 4.

Det kan imidlertid tenkes at man konsekvent unnlatt å bruke kontraktens mekanismer hos begge parter, for eksempel ved at kunden instruerer endringer som leverandøren gjennomfører uten at man benytter seg av de foreskrevne formularer, påtegninger etc. som er nødvendige etter kontrakten for at arbeidet skal anses som en endring. I ettertid vil kunden vise til kontrakten og forsøke å lempe ansvaret for manglende oppfølging over på leverandøren, mens leverandøren kanskje svarer med at det her må være snakk om en tilsidesettelse av kontrakten. Som nevnt over vil et slikt system vanligvis pålegge leverandøren strenge frister for klargjøring av endringer, men det kan tenkes at partenes opptreden underveis gjør at dette systemet må anses som tilsidesatt.

5.1.1 Endring av avtalen ved konkludent adferd

Hvis kontrakten har et endringssystem, men dette ikke har blitt fulgt opp av partene underveis, er det på dette stadiet naturlig å se om avtalen må anses tilsidesatt eller endret gjennom konkludent adferd og god tro hos partene. Hvis dette ikke er tilfellet vil leverandøren være bundet av de krav kontrakten setter for krav om endringsordre og leverandørens aktivitetsplikt.

I kontrakter hvor behovet for strenge rutiner er stort vil det være grunn til å være tilbakeholdende med å la partenes opptreden konstituere en endring av kontrakten. Dette har blitt hevdet med nokså bred penn i juridisk teori.⁵⁰ I for eksempel fabrikkasjonskontrakter, hvor behovet for et fungerende endringssystem er spesielt stort, vil det kreves en så klar adferd at det synes praktisk umulig med mindre det fremgår uttrykkelig av kontraktsteksten.

⁵⁰ Hagstrøm *Entrepriserett* s. 30 pkt. 3.2.

I programutviklingsbransjen er variasjonsbredden større, og prosjektene vil, som nevnt innledningsvis, variere fra de helt store til de mindre kontraktsforhold. I de store prosjektene er det grunn til å være mer reservert i forhold til tilsidesettelse av kontrakten. Her har begge parter gode forutsetninger for å gjøre seg kjent med avtaleteksten og hva endringssystemet innebærer for risikofordelingen. I de mellomstore og mindre kontraktene vil man derimot typisk være i den situasjon at partene ikke kjenner til reglene (eller ikke har brydd seg om å sette seg inn i dem), eller at de synes en slik regulering blir for formalistisk å forholde seg til. Her vil det være lettere å hevde at endringsreguleringen er tilsidesatt.⁵¹

Det vil altså bero på partsforholdet og kontraktens størrelse hvor konkludent adferd som kreves for at kontraktens endringssystem skal anses bortfalt ved avtale. På bakgrunn av den nevnte teori og praksis bør det etter mitt skjønn stilles nokså strenge krav til synbarheten og varigheten av den kontraktsstiftende adferd.

5.2 Kontrakten opererer ikke med et endringssystem

Hvis man videre forutsetter at kontrakten ikke et endringssystem som er egnet til å plassere risikoen for endringsarbeidet, eller at partene har avtalt seg bort i fra et slikt system,⁵² vil risikoen for konsekvensene av endringen måtte avgjøres på bakgrunn av alminnelige prinsipper. Etter mitt skjønn vil det særlig måtte stilles krav til partenes varsling, undersøkelse og medvirkning. Kontraktens spesifikasjoner vil igjen bli avgjørende for hvor mye som kan kreves av partene, men dette kommer jeg tilbake til.⁵³

⁵¹ Se Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold s. 233 flg.*

⁵² Jfr. punkt 5. 1 over.

⁵³ Se punkt 5. 7 nedenfor.

Fremgangsmåten her vil være å se på partenes plikter og opptreden underveis, og ut i fra dette angi hvor risikoen bør plasseres. En annen fremgangsmåte kan være å se på om endringsavtale måtte anses inngått for den enkelte endringspost. Fokus ville da ha blitt noe annerledes, men jeg kan ikke se at dette vil føre til et annet resultat enn en vurdering av partenes alminnelige kontraktsplikter.

Det ble slått fast i punkt 1. 4. 4 at det ikke bør være anledning til å la kontraktsbestemmelser i standardavtaler på utviklingsområdet eller andre sammenlignbare standardkontrakter komme direkte til anvendelse der hvor kontrakten ikke gir noe svar. Hensyn bak reglene, rettspraksis fra de ulike kontraktsfeltene og aktuell juridisk teori vil imidlertid komme inn som tolkningsmomenter når man skal avgjøre hvem som bør ha risikoen for den manglende fastleggelsen av endringsarbeid.

5.3 Varslingsregler

Kontraktens varslingsregler er sentrale for om man skal plassere risikoen for endringer underveis på leverandøren eller kunden. Enten kontrakten regulerer endringshåndtering eller ikke så vil leverandøren ha en alminnelig varslingsplikt.

Med varslingsplikt menes her den aktivitetsplikt leverandøren må anses å ha i ethvert kontraktsforhold, i den forstand at han generelt plikter å gjøre kunden oppmerksom på ting som vil få betydning for kundens plikter eller for kontraktsgjenstanden. Begrepet varslingsregler og varslingsplikt kan virke lite treffende, men i mangel av bedre uttrykk legges dette til grunn.

Dette må anses som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, med bakgrunn i lojalitetshensyn og hensyn til forutberegnelighet i kontrakt. I forhold til hvem som skal bære risikoen for at endringen ikke ble avklart underveis blir varslingsplikten etter mitt skjønn et avgjørende moment: I hvilken grad leverandøren aktivt har gitt uttrykk for at man står overfor en endring, vil være avgjørende for hvilken risiko han bør bære.

Tradisjonelt har leverandørens varslingsplikt etter de standardkontraktene som finnes i tilvirkningsforhold vært helt avgjørende for å avbryte den preklusive fristen, som ved oversittelse vil hindre partene fra å kunne gjøre en endring gjeldende i ettertid. Det fremgår for eksempel svært klart av NF 92 art. 16.1 at leverandøren taper sin rett til å få godskrevet noe som en endringsordre hvis han ikke gir beskjed til selskapet om at han mener at arbeidet ikke er omfattet av kontrakten, og således krever endringsordre utstedt. En noe lignende regel finner vi i IKTs prosjektutviklingsavtale art. 6. 2, som pålegger leverandøren å utarbeide et endringsoverslag der blant annet virkning på tid og pris skal fremgå.

Vanligvis er disse fristene angitt til ”uten ugrunnet opphold” eller ”så snart som mulig” og er således korte frister. Hvis disse fristene ikke er avtalt på forhånd, kan man ikke legge et så strengt utgangspunkt som følger av for eksempel NF 92 til grunn. Problemet vårt blir dermed å slå fast hvor streng denne fristen skal være, på bakgrunn av alminnelige prinsipper og utviklingskontraktens karakter.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett trekker retten paralleller mellom varslingsreglene i NS 3430 og regelen om nøytral reklamasjon i kjøpslovens § 32 (1).⁵⁴ Når domstolene påpeker de klare likhetstrekk her, må det samme syn kunne legges til grunn også overfor utviklingskontrakter. Det kan altså slås fast at hvis leverandøren oversitter varslingsfristen, taper han retten til å gjøre krav vedrørende endringer gjeldende. Utgangspunktet blir dermed at leverandøren har en varslingsplikt der han mener at kundens krav om endringer vil få virkninger for kontraktens tid og pris.

Kjøpslovens § 32 (1) opererer ikke med noe krav om skriftlighet, og dette må også legges til grunn i forhold til leverandørens varslingsplikt i utviklingskontrakter, med mindre kontrakten oppstiller et slikt krav. I de tilfeller der endringen er fremlagt formløst av kunden, for eksempel ved at han i et møte ber leverandøren om å tilpasse

⁵⁴ Jfr. LB-2002-3890

programmet enda en applikasjon, vil all fornuft tilsi at det også skulle holde at leverandøren svarte på samme måte.

Etter mitt skjønn vil han ha overholdt sin varslingsplikt hvis han gjør kunden muntlig oppmerksom på at dette vil kunne få konsekvenser for tidsrammene, eller rett og slett sier at ”dette vil sannsynligvis innebære en del ekstra arbeid for oss”.⁵⁵ Da er ballen spilt tilbake til kunden, som på sin side bør reagere hvis han mener at dette er omfattet av den opprinnelige avtalen. Partenes viljeserklæringer vil dermed gi uttrykk for en enighet. Det er imidlertid leverandøren som har ansvar for å bevise at det var kommet til en viss muntlig enighet, fordi det er han som påberoper seg den avvikende avtalen⁵⁶, noe som bare blir vanskeligere etter hvert som tiden går. Men forutsatt at partene er enige om at denne kommunikasjonen har funnet sted taler dette etter mitt skjønn i retning av at leverandøren har overholdt sin varslingsplikt, og at kunden i dette henseende bør bære risikoen for endringen.

Hvis kunden ber leverandøren formelt om å endre arbeidet vil kravet til varslings bli tilsvarende høyere. Innholdet i kundens henvendelse vil også legge føringer for hva man kan forvente av tilbakemelding fra leverandøren. Dette vil bero på en konkret avgjørelse for den enkelte endringspost.

5.3.1 Fristberegningen

Et viktig spørsmål under vurderingen av om leverandøren har overholdt sin varslingsplikt er hvilken fristberegning som må legges til grunn. Her vil særlig lojalitet i kontraktsforhold spille en viktig rolle. Det vil også her være grunn til å trekke paralleller til kjøpsrettens regler om reklamasjon for mangler, som tilfellet er i forhold til formkrav

⁵⁵ Se nærmere i punkt 5. 5 om møtevirksomhet o. l.

⁵⁶ Jfr. LB-2003-9441

til varselet. Jeg legger til grunn at samme varslingsplikt må gjelde uavhengig om det dreier seg om forsinkelse eller krav på ekstra betaling.

Det er helt utvilsomt at det må legges en relativ varslingsfrist til grunn, med mindre utviklingskontrakten oppstiller en absolutt frist på for eksempel 20 dager. Dette gir økt fleksibilitet og er også godt forankret i de aller fleste standarder innen entreprise, fabrikasjon og IT.⁵⁷ Som nevnt over kan kjøpslovens regler om kjøpers reklamasjonsfrist for mangler til en viss grad anvendes analogisk på leverandørens varslingsplikt om endringer som han anser for å få betydning for kontraktens tid og/eller pris. Kjøpslovens § 32(1) krever dermed at leverandøren skal gi kunden beskjed innen rimelig tid etter at han oppdaget eller burde ha oppdaget at endringen fra kunden er utenfor det som opprinnelig ble avtalt og at han har til hensikt å kreve justering av kontraktens tid og pris.

Hva som er rimelig tid må vurderes konkret på bakgrunn av kontraktsperioden, kontraktens størrelse og partenes posisjon. I forhold til det sistnevnte kan man raskt slå fast at det som en absolutt hovedregel kan anføres at man i kontrakter mellom næringsdrivende stilles strengere krav enn tilfellet er i for eksempel forbrukeravtaler, eller avtaler hvor den ene part er langt sterkere.⁵⁸ Varslingsfristen må således antas å være relativt kort i programutviklingsforhold.

5.3.2 Varslingsfristens utgangspunkt

Partenes uenighet vil vanligvis ikke være knyttet til hvor lang varslingsfristen isolert sett er, da man greit vil kunne finne ut av dette ved å undersøke rettspraksis og bransjepraksis. Jeg vil anta at det mest naturlige utgangspunkt vil være kjøpslovens

⁵⁷ Se bl.a. Barbo kap.11.

⁵⁸ Se f.eks. Krüger, *Norsk kjøpsrett* § 21 (s.562)

rettslige standard ”innen rimelig tid”, med mindre annet følger av kontrakten. Det som allikevel ofte blir kilden til tvist er fra hvilket tidspunkt fristen begynner å løpe.

Om vi nok en gang legger analogi fra kjøpsretten til grunn, har leverandøren tapt sin rett til å kreve justering av tid og pris i det han ”innen rimelig tid etter at han oppdaget eller burde ha oppdaget” at kundens endring ville medføre økt tidsbruk eller kostnader, jfr. kjøpslovens § 32 (1).⁵⁹ Hvis kunden kommer med en henvendelse som er uproblematisk å gjennomføre for leverandøren, innenfor kontraktens rammer, vil varslingsplikten begynne å løpe relativt raskt.

Legger man til grunn de frister som gjelder i entreprise og fabrikasjonsstandarder vil leverandøren måtte reagert ”uten ugrunnet opphold” fra han fikk henvendelsen fra kunden. For å slå fast hvilken frist som skal gjelde er det grunn til å se på hensynene bak varslingsplikten og se om det finnes faktorer som særlig gjør seg gjeldende i programutviklingskontrakter i denne sammenheng.

5.3.3 Hensyn bak varslingsplikten

I sin *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* skriver J. E Barbo utfyllende om de ulike hensyn som ligger bak varslingsreglene i NS 3430 (tilsvarende bestemmelse finnes i den nye NS 8405), hvor ”uten ugrunnet opphold” er den aktuelle terminologien.⁶⁰

Denne drøftelsen er riktignok i tilknytning til hva som ligger i begrepet ”ugrunnet”, men mange av de samme momenter må antas ha tilsvarende effekt i forhold til den varslingsplikt som jeg her har slått fast at leverandøren har.⁶¹

⁵⁹ Jfr. kjl. § 32, 1. ledd

⁶⁰ Se Barbo *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, del III

⁶¹ Se Borgarting Lagmannsretts dom LB – 2002 – 570 for nærmere om ”ugrunnet opphold”.

Barbo angir at fristen i NS 3430 må beregnes på bakgrunn av flere forhold. Særlig viktig i praksis er hensynet til byggherrens behov for en rask avklaring av om det foreligger en situasjon som kan lede til ekstrautgifter eller fristforlengelse, og dermed også forsinkelse. Jo raskere det kommer tilbakemelding fra entreprenøren, jo raskere blir byggherren tvunget til å ta standpunkt til om han vil opprettholde endringen med de virkninger den angivelig har, om han vil trekke den tilbake, eller om han ser behov for andre tiltak på egen hånd for å begrense ”skadevirkningene” av fristforlengelsen eller kostnadsoverskridelsen.

Et annet viktig moment er hensynet til effektivisering av kontraktsavviklingen. Som påpekt flere ganger er det i de aller fleste tilfeller viktig for begge partene, særlig kunden, at levering finner sted i henhold til det partene har avtalt i programutviklingskontrakten. Særlig forsinkelse kan føre til ekstrautgifter langt utover det partene vanligvis er i stand til å forutse når avtalen inngås. Ved at leverandøren pålegges en kort frist vil bidra til at mulig uenighet blir identifisert og forsøkt løst raskt. Dette hensynet er imidlertid mer tungtveiende i forhold til kontrakter som har inntatt strenge preklusjonsregler eksplisitt, fordi de særlig er ment å være ”prosessdempende” – de er ment å avverge at konflikter oppstår og at man ikke blir stående overfor tvister etter at leveringstidspunkt er kommet.

Disse hensynene taler uansett i retning av at leverandøren bør pålegges en streng varslingsplikt og at den rettslige standarden ”innen rimelig tid” bør tolkes strengt.

5.3.4 Leverandørens undersøkelsesplikt og betydningen av leverandøren som prosjektleder.

Som nevnt i pkt. 2 over er det et særtrekk ved programutviklingskontrakter at det svært ofte er leverandøren som sitter med prosjekteringsansvaret. Dette faktum vil kunne få betydning for varslingsfristens lengde. Når leverandøren har hele eller i alle fall vesentlige deler av prosjektstyrelsen må dette skjerpe kravet til hans deltakelse i kontraktsforholdet, særlig fordi han er den som er nærmest til å se konsekvenser og utfall av eventuelle ”uventede” situasjoner som for eksempel endringer, enten de er

instruert av kunden eller iverksatt av kunden på eget initiativ. Det er først og fremst endringer som kunden har instruert som er det sentrale her. Tilsvarende vil kontraktssituasjonen kreve enda mer lojalitet enn det som følger av alminnelige prinsipper. Bakgrunnen for dette er igjen at leverandøren i det vesentlige sitter med et stort ansvar i forhold til å oppnå det kunden ønsker av et program etter kontraktsinngåelse.

Et hensyn bak varslingsplikten som kommer inn med full tyngde er at leverandøren må sies å ha en undersøkelsesplikt. I denne sammenheng menes undersøkelsesplikt i vid forstand – leverandøren har plikt til å undersøke etter beste evne hvilke justeringer og tillegg som vil få betydning for kontraktens tid og pris. Dette er altså ikke sammenfallende med den undersøkelsesplikt som for eksempel finnes i kjøpsloven § 31 om kjøpers undersøkelsesplikt.⁶²

Derimot kan denne undersøkelsesplikten bedre knyttes til det overnevnte utgangspunkt for fristberegning, jfr. kjl. § 32 ”innen rimelig tid etter at han *oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen*”. Begrepet ”undersøkelsesplikt” kan derfor virke noe forvirrende, men dette begrepet er lagt til grunn flere steder i teorien.⁶³ Den plikten det her er snakk om er nært knyttet opp til leverandørens lojalitetsplikt i kontraktsforhold, samtidig som den har en side til den alminnelige veiledningsplikt en leverandør har i et kontraktsforhold. Sistnevnte er riktignok først og fremst av betydning hvis det skulle være snakk om en eventuell mangel.

I sjøentreprise er leverandøren pålagt en streng undersøkelsesplikt i forhold til ”mangler og uoverensstemmelser” i dokumenter og tegninger etc. som han får fra kunden, ved at disse må varsles om ”uten ugrunnet opphold”.⁶⁴ Selv om denne undersøkelsesplikten på papiret ikke har noen sammenheng med spørsmålet om leverandørens varslingsplikt om

⁶² Jfr. kjl. § 31, 1.ledd

⁶³ Se bl.a. Barbo *Kontraktsomlegging* og Kaasen *NF 92*.

⁶⁴ Se *NF 92* art.6. 1

endringer, vil den i praksis være av betydning: oppfyllelse av undersøkelsesplikten vil kunne medføre at leverandøren oppdager, eller *burde ha oppdaget* at det var snakk om i den sammenheng å utføre arbeid som lå utenfor det han mente var en del av hans kontraktsforpliktelser. I landentreprise derimot legger man ikke denne nokså strenge aktivitetsplikten til grunn⁶⁵, og dette må også antas å være et fornuftig utgangspunkt i IT-kontrakter som ikke har denne reguleringen. Når en forsinkelse eller mangel aktualiserer seg i ettertid kan man ikke si at leverandøren hadde noen plikt til å gå nøye igjennom den dokumentasjon som ligger til grunn for kundens krav i den hensikt å avdekke om den inneholdt mangler etc. som kunne ført til at leverandøren hadde krav på justering av tid og pris.

Leverandøren har etter mitt skjønn allikevel en undersøkelsesplikt ved at han på en lojal måte bør undersøke om de endringer kunden kommer med vil medføre krav om tids- eller prisjustering. Hva han burde ha oppdaget vil bli en konkret vurdering, men først og fremst må man legge til grunn hva man kunne forvente at leverandøren som fagkyndig var i stand til å se konsekvensene av. Her vil den alminnelige oppfatningen i bransjen gi veiledning. På andre kontraktsområder skal det mye til før den som sitter med ansvar for utførelse og prosjektering kan kreve betaling eller ekstra tid for at en endring førte til et resultat som ikke var forenelig med kontrakten.

Men selv om man har dette prinsippet i bunnen vil man i programutviklingskontrakter svært ofte stå overfor den situasjon at leverandøren, til tross for at han har prosjekteringsansvaret og til tross for at han er den i denne sammenheng ansvarlig part i forholdet, ikke kan bebreides for at forsinkelsen ikke har blitt klargjort før lenge etter at det omtvistede arbeidet er gjort. Dette kan selvsagt være et problem i andre sammenlignbare kontraktstyper, men utviklingsavtalene skiller seg såpass ut i denne sammenheng. Bakgrunnen for det er det som ble nevnt i pkt. 4 om at man i veldig stor grad står overfor et element av at partene, og da særlig leverandøren, lærer underveis. Selv om leverandøren er den som er programmeringskyndig og den som alene sitter

⁶⁵ Se Barbo s. 219

med kompetansen for utviklingen, er det grunn til å stille spørsmålstegn ved om han skal bære hele risikoen for at han ikke så konsekvensene av kundens endringer før det var for sent å reversere de.

På entreprisområdet har leverandøren i praksis måttet bære veldig mye av risikoen, se Salhus flytebro, Rt. 1999 s. 922. Her ble leverandøren holdt ansvarlig for enorme kostnadsoverskridelser som oppsto som følge av at den prosjekterte sveisingemetoden ikke lot seg gjøre under vann, slik som leverandørens representanter hadde forutsatt. I motsetning til utviklingskontrakter var det her kunden som satt med prosjekteringsansvaret. Saken ble avgjort på bakgrunn av læren om bristende forutsetninger, og dette vil jeg komme tilbake til. Selv om avgjørelsen er omdiskutert i teori og praksis, viser den hvor langt entreprenøransvaret kan strekke seg.

Hensynet til lojalitet er grunnleggende viktig i forbindelse med varslingsplikten, og for hvor man skal sette grensen for om varslingsplikten er overholdt i forbindelse med en etterfølgende tvist om forsinkelse, mangel eller vederlag. Lojalitet i kontraktsforhold er et flytende begrep, og det er vanskelig å avgjøre generelt hvor grensen skal settes. Dette må bero på en konkret vurdering med bakgrunn i kontraktsomstendighetene.

Undersøkelsesplikten som nevnt over er et slik utslag av lojalitetsprinsippet. I en bransje hvor det gjerne er store verdier involvert og tapsrisikoen stor er det avgjørende for kunden at leverandøren på en lojal måte varsler om eventuelle endringskrav. Ved å se på om leverandøren opptrådte lojalt underveis vil man kunne få et inntrykk av om varslingsplikten er overholdt. Hva som anses som lojalt vil bero på en samlet vurdering av leverandørens faglige kompetanse, endringsarbeidets størrelse, hvor viktig det var for kunden å få programmet til rett tid eller til kontraktsprisen med mer.

Det er åpenbart at leverandøren bør holdes ansvarlig hvis han i arbeidet med å implementere endringen i prosjektet finner ut at dette får betydning for leveringstidspunktet, men at han unnlater å gi beskjed til kunden i frykt for at kunden skal krangle på dette. Tilsvarende hvis han unnlater varsel fordi han antar at han uansett

føler seg berettiget til ekstra tid og at dette får en ordne opp i når den tid kommer. Kunden vil da kunne lide store unødvendige tap og leverandøren vil etter mitt skjønn i den ytterste konsekvens kunne bli erstatningsansvarlig for disse⁶⁶.

I korthet kan det altså anføres at fristen løper fra det tidspunkt leverandøren blir oppmerksom på at man kan stå overfor en pris eller tidsjustering. Hvis dette tidspunkt som nevnt over ikke kommer før arbeidet er unnagjort eller i sin ytterste konsekvens at leveringstidspunktet er kommet, bør varslingsfristen begynne å løpe fra dette tidspunkt.

5.3.5 Virkninger av varsel

Hvis man forutsetter at leverandørens varslingsplikt er overholdt, blir det videre spørsmålet hvilke virkninger dette varselet skal ha i forhold til fristforlengelse og tilleggsvederlag. Her vil det bli avgjørende hvilke krav man setter til varselets innhold. Med varselets innhold menes her hvor spesifisert det må være for at leverandøren kan anses å ha overført risikoen til på kunden.

Det er ovenfor lagt til grunn at leverandøren har en nokså kort frist til å varsle leverandøren hvis han mener at endringen medfører virkninger for kontraktens tid eller pris, løpende fra det tidspunkt han oppdaget eller burde oppdaget disse omstendigheter. Jeg har også lagt til grunn at leverandørens undersøkelsesplikt i denne sammenheng er begrenset, med mindre annet følger av kontrakten, og at han ikke kan være forpliktet til å gå svært nøye igjennom alle dokumenter. Ei heller er han bundet til å utarbeide nøyaktige overslag over hvilke mulige konsekvenser en endring kan ha for prosjektets fremdrift eller pris. En utviklingskontrakt er som sagt preget av uforutsigbarhet og elementer av læring underveis, og det bør dermed ikke stilles for strenge krav til

⁶⁶ Jfr. analogi til NF92 art.6, jfr. Barbo s. 218

leverandøren her. Lojalitetshensyn vil i stor grad sette grensene for hva som kreves av leverandøren.

Kravet til varselets innhold vil i stor grad være sammenfallende med det som er angitt om formkrav og undersøkelsesplikt. Nok en gang vil utfallet bero på en konkret vurdering, men igjen vil man måtte støtte seg på lojalitetshensyn. Svikaktig opptreden i denne sammenheng vil i alle sammenhenger avskjære leverandøren fra å kunne være fritatt for en evt. forsinkelsesrisiko, og vil også kunne bli rammet av avtalelovens § 30 og § 31. Jeg tenker da på de situasjoner hvor leverandøren åpenbart ser at her vil det påløpe store kostnads- eller tidsoverskridelser, men unnlater å informere kunden om dette i sitt varsel, ved å for eksempel gi et helt generelt eller bevisst mangelfullt varsel til kunden, til tross for å ha kjennskap til hvilke konsekvenser som vil oppstå. På den annen side vil kravet til varselets innhold selvsagt være i orden hvis det angir klart og tydelig hvor mye tillegg i tid eller pris som vil være aktuelt.

Utover disse ytterpunkter vil ikke kravet til varselets innhold kunne sies å være særlig strengt. Hvis leverandøren må anses å ha oppfylt sin undersøkelsesplikt jfr. over, men ikke er i stand til å gi noe ytterligere informasjon annet enn på generelt grunnlag, vil dette etter mitt skjønn være tilstrekkelig innhold. Det avgjørende må være at kunden faktisk blir informert. Hvis kunden deretter skulle ønske en nærmere redegjørelse for konsekvensene av endringen må han gi leverandøren beskjed om dette, og risikoen for at arbeidet skulle bli forsinket som følge av dette faller da på kunden. En slik eventuell stopp i arbeidet vil nok først og fremst oppstå i de virkelig store prosjekter hvor den aktuelle endringen er av stort omfang. Den videre grensen for varselets innhold må antas å følge av de overnevnte lojalitetsbetraktninger tilknyttet leverandørens plikt til å undersøke hvilke konsekvenser endringen kan få – det han her finner ut er han forpliktet til å videreformidle til sin kunde.

5.4 Kundens medvirkningsplikt

Kunden vil i de fleste tilfeller under hele kontraktperioden ha plikt til å medvirke for å tilrettelegge for leverandørens arbeid med prosjektet. Omfanget av denne plikten vil

varierte fra kontrakt til kontrakt – fra den helt passive rollen i de små utviklingsoppdragene til løpende møtevirksomhet og utarbeidelse av nøyaktige spesifikasjoner i de store. I enkelte tilfeller vil kunden helt eller delvis stå for prosjekteringen, og vil dermed ha en veldig aktiv rolle i kontraktsprosessen. Det siste går jeg ikke nærmere inn på her. Mangelfull medvirkning fra kunden vil forrykke den funksjonsfordeling som kontrakten gir uttrykk for og kan bidra til at den risiko som leverandøren i utgangspunktet er nærmest til å bære blir flyttet over på kunden.

Det fremgår analogisk av kjøpslovens § 22, 1. ledd at forsinkelse ikke inntreffer hvis forsinkelsen skyldes forhold på kundens side. Kunden er altså ansvarlig for svikt i egne bidrag, hvilket også omfatter spesifikasjoner (hvis disse er utarbeidet av ham, eller bygger på fakta som han er ansvarlig for). Dette må antas å være utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og bør tillegges vekt også hvis det er strid om vederlagets størrelse. Også i de ulike standardene som her er omtalt er dette prinsippet lagt til grunn. I NS 3430 pkt. 17.1 litra b fremgår det at leverandøren har rett til fristforlengelse dersom dette skyldes:

”feil ved, eller forsinket levering av tegninger, beskrivelse, utførelse, materialer, utstyr m.m. som byggherren skal levere selv (...) eller annet som må henføres til byggherrens forhold”.

Tilsvarende plikt, men noe snevrere utformet, finnes i IKT art. 3. 3.⁶⁷

Omfanget av kundens medvirkningsplikt vil sjelden komme på spissen. Men i de situasjoner hvor man befinner seg i skjæringspunktet mellom leverandørens plikt til undersøkelse og kundens medvirkningsplikt vil man ha behov for en avklaring. Hvis det er klart at kunden har misligholdt denne plikten ved å gi uriktige opplysninger i for eksempel spesifikasjonene og som videre fører til en forsinkelse eller fordyrelse for leverandøren, vil han måtte bære den fulle risiko for disse. Det samme ansvaret vil han

Hagstrøm *Entrepriserett* s. 30 pkt. 3.2.

måtte bære hvis feilen skyldes sideleverandører eller andre som kunden identifiseres med, jfr. en analogi fra kontrollansvaret.⁶⁸ Innholdet av plikten vil i stor grad være bygget på lojalitet, og jeg viser i denne sammenheng til drøftelsen under pkt. 6 om varslingsregler.

Som nevnt under punkt 4 vil partene ofte i fellesskap komme frem til en generell og oversiktlig spesifisering.⁶⁹ Om denne er basert på kundens mer nøyaktige spesifikasjoner og eventuelle andre angivelser av formål eller ikke, spiller ikke så stor rolle. Spesifikasjonene vil, med mindre annet er avtalt, være utslag av kundens ønsker om hvilke behov han søker dekket ved programmet. Han er altså den som i utgangspunktet bør være nærmest til å bære risikoen for at de inneholder feil eller mangler som har forårsaket forsinkelse eller ekstraavgifter. Det må imidlertid igjen understrekes at det da må forutsettes at leverandøren ikke kan klandres for ikke å ha oppdaget dette før. I praksis vil man ofte befinne seg i et grenseland mellom disse to pliktene – hvor risikoen plasseres blir en skjønnsmessig vurdering på bakgrunn av den konkrete situasjon. Bevisvurderingen vil dermed kunne bli avgjørende: Den part som kan dokumentere og bevise at de uklare eller uriktige spesifikasjonene ikke skyldes forhold på hans side vil formodentlig gå klar av risikoen.

5.5 Møtevirksomhet

I prosjekter av en viss størrelse vil partene ha møter underveis, hvor man utveksler informasjon. I praksis er ikke dette ensbetydende med at man har et ryddig kontraktsforhold. Når det oppstår tvist om risikofordelingen for endringer i ettertid vil partenes utsagn underveis kunne bli av bevismessig betydning. Brev, e-post og annen skriftlig korrespondanse vil i utgangspunktet være gode beviser i den ene eller den

⁶⁸ Kontrollansvaret er knyttet til erstatningsretten og vil ikke bli behandlet her. For nærmere om dette, se Hagstrøm *Obligasjonsrett* kap. 19.4 s. 480 flg.

⁶⁹ Se punkt 4. 3

annen retning.⁷⁰ Hva som ble sagt under møter og annen muntlig korrespondanse er det vanskeligere å trekke noen konklusjoner på bakgrunn av. Her vil også personelle kompetanseregler kunne være et tvistepunkt: hvem av partenes representanter har fullmakt til å binde partene i kontraktperioden? Dette spørsmål vil også ha betydning i forhold til varsling, undersøkelsesplikt og lojalitetshensyn som er allerede er omtalt.

Hvis det fremgår av møtereferater at partene har vært enige om det forelå en endring eller om endringen skulle medføre justering i tid og pris, taler dette sterkt i retning av at leverandøren har krav på å få kontrakten justert i ettertid. Det samme gjelder hvis det i alle møtereferater fremgår at partene har valgt å ikke bruke det endringssystem som fremgår av kontrakten. Antageligvis kreves det ikke at det eksplisitt har vært debattert, men det må komme klart frem at det fra begge hold er valgt å forholde seg annerledes.⁷¹

I en dom fra Borgarting lagmannsrett kommer betydningen av møtereferater i IT-kontrakter godt frem.⁷² Her ble blant annet avtale om nytt leveringstidspunkt ikke ansett inngått, selv om det fremgikk av møtereferater at dette var ansett som et ønsket leveringstidspunkt hos begge parter.

I forhold til det ”ballspill” som oppstår ved varsling, bør det ikke kreves så klar tale som i de tilfeller der det er spørsmål om den opprinnelige avtalen skal endres eller settes til side.⁷³ Hvis det fremgår av møtereferatet at saken er tatt opp, bør dette peke i retning i at den part som tar det opp ikke skal bære risikoen. Etter mitt skjønn understreker dette at det bør være en forskjell på risikovurderingen i forhold til varslingsplikt og vurderingen av om endringsavtale må anses inngått underveis.

⁷⁰ Jfr. også drøftelsen under varslingsplikt i punkt 5.

⁷¹ Jfr. også punkt 4.4.1 over vedrørende krav til konkludent adferd.

⁷² LB-2004-1719

⁷³ Se punkt 5. 3. 5

5.5.1 Kompetanse- og fullmaktsspørsmål

I løpet av et utviklingsprosjekt vil ofte et stort antall personer være involvert på flere stadier. I forhold til partenes aktivitetsplikter overfor hverandre vil det kunne være uenighet om hvem som har sagt hva, og hvem som hadde kompetanse til å binde den enkelte part.

Utgangspunktet må være at de som er angitt som partenes representanter i kontrakten, har anledning til å binde den enkelte part. Dette bør etter mitt skjønn gjelde i alle deler av prosjektet, både i prosjekteringsfasen og i selve utviklingsarbeidet.⁷⁴

Kompetanse- og fullmaktsspørsmål oppstår der man har fastslått hvor risikoen bør plasseres på bakgrunn av alminnelige prinsipper om varsling og eventuell tilleggsavtale. Leverandøren har for eksempel rettidig og lojalt gitt varsel til kunden.

Fullmaktsspørsmålet er nok mest interessant i forbindelse med spørsmål om endringsavtale er inngått, men de samme reglene må antas å få anvendelse i forbindelse med annen kommunikasjon mellom partene i forbindelse med kontraktsarbeidet.⁷⁵

Problemstillingen blir om vedkommende som har avgitt det dispositive utsagn, enten det er i et møtereferat, e-post, eller annen korrespondanse, var kompetent til å overføre risikoen til den part han representerte, og virkningen av at han eventuelt ikke hadde denne kompetansen.

Avtalelovens kapittel 2 gir generelle regler om fullmakt i kontraktsforhold.⁷⁶ Jeg går ikke inn på de ulike fullmaktstypene eller en generell fullmaktsdrøftelse her, men nøyer meg med å si noen ord om betydningen for risikovurderingen.

⁷⁴ Det er dog slått fast i punkt 2 at disse fasene ofte glir over i hverandre.

⁷⁵ For eksempel varsling, konkludent adferd etc.

⁷⁶ Avtaleloven (Lov 1918 – 05 – 31 – 04)

Utgangspunktet er at dersom medkontrahenten er i god tro, blir den annen part bundet av sin fullmektig, selv om denne skulle handle utenfor sin kompetanse. Fullmektigen vil imidlertid bli påført erstatningsansvar for det tap fullmaktsgiveren får ved at fullmektigens disposisjoner blir gjort gjeldende. Reglene om fullmakt gjelder ikke bare slutningskompetanse, men også andre dispositive beføyelser som varsling, betaling, med mer.⁷⁷

Som et praktisk eksempel for å belyse dette kan man tenke seg følgende: Kunden henvender seg til leverandøren med ønske om å endre plattformspesifikasjonen. Leverandørens representant, som gjerne vil være prosjektleder, gir et varsel i tråd med de i punkt 5. 3 nevnte krav om at dette vil få medføre store ekstrakostnader i forbindelse med den videre utviklingen. Hvis kundens representant ikke har kompetanse til å avgjøre dette for kunden, vil det bli spørsmål om risikoen for vederlagsøkning allikevel vil havne hos kunden.

Dette må etter mitt skjønn besvares bekreftende, forutsatt at prosjektlederen var i god tro.⁷⁸ Om leverandøren var i god tro vil også her avhenge av en lojalitetsvurdering. Etter min oppfatning bør det kunne kreves en del av leverandøren her, i alle fall i de større utviklingsprosjekter. I de tilfeller der det er snakk om store kostnadsoverskridelser bør leverandøren i hvert fall ha plikt til å sørge for at rett person mottar varsel om konsekvensene av endringen.

Ut over dette bør det kreves svært mye for at en part har fraskrevet seg risikoen for konsekvensene av endringen og den manglende endringshåndtering på grunn av kompetansemangler hos partens representant. Kunden er i det overnevnte eksempelet i det minste beskyttet ved at representanten kan holdes ansvarlig for det tap kunden lider som følge av at han måtte anses å ha risikoen.⁷⁹

⁷⁷ Se Krüger, *Norsk kontraktsrett* s. 84

⁷⁸ Se avtl. § 25

⁷⁹ Tilsvarende avtl. § 25, 2. ledd.

Arbeidsgiveransvaret vil også kunne komme inn som et moment, men det berører jeg ikke nærmere her.⁸⁰

5.6 Risiko for uklarhet

Uklarhetsprinsippet ved kontraktstolkning ble berørt under punkt 3.2 om avtaletolkning. Et interessant spørsmål er om dette prinsippet også kan komme tilsvarende til anvendelse når man skal vurdere risikoen for manglende avklaring underveis. Utgangspunktet for vurderingen blir noe annerledes enn i forhold til den rene avtaletolkningen. Det spørsmål som snarere her bør stilles er: Hvem er nærmest til å bære risikoen for at det er uklarhet om endringene ble avklart underveis? Som tilfellet var i punkt 3.2 vil dette prinsippet etter min oppfatning heller ikke her være avgjørende for hvor risikoen for manglende avklaring av endringene plasseres. Men det vil kunne komme inn som et vurderingsmoment.

Uklarhetsregelen må i så fall både knyttes opp mot de disposisjoner partene har gjort underveis. Hvis det er tvil om man har varslet på en god nok måte, fordi beskjeden fra leverandøren var uklar, taler et slikt prinsipp i retning av at leverandøren skal være nærmest til å bære risikoen. Hvis det derimot er kunden som har vært uklar i sin formulering av hva han ønsket endret, vil dette tale i retning av at kunden skal bære risikoen, når det viste seg at endringen fikk konsekvenser for tid og pris. Det helt sentrale er at risikoen bør gå utover den som etter forholdene burde ha uttalt seg klarere.⁸¹ Kommer man til at endringsavtale er inngått, men likevel er uenige om innholdet i den, vil uklarhetsprinsippet slik det ble formulert i punkt 3.2 komme til

⁸⁰ Se for øvrig Geir Woxholt, *Avtalerett* og Krüger, *Norsk kontraktsrett* s. 67 flg. for nærmere om fullmakt i denne type kontrakter.

⁸¹ Jfr. Rt. 1979 s. 676

anvendelse. Hvis det for eksempel er strid om hvilken pris man ble enige om for endringsarbeidet, vil den part som ikke på en tydelig måte har gitt uttrykk for sin mening, sannsynligvis bli sittende igjen med risikoen for uklarheten.

Dette vil etter mitt skjønn mest sannsynlig kunne avgjøres også på bakgrunn av drøftelsen i forhold til partenes varslings- og aktivitetsplikt som gjennomgått over. Den kan likevel være interessant å eksplisitt trekke paralleller til det tolkningsprinsipp som uklarhetsregelen utgjør. Jeg går ikke nærmere inn på dette her, men nøyer meg med å slå fast at det bør kunne være et moment i helhetsvurderingen for den enkelte endringspost.

5.7 Nærmere om spesifikasjoners betydning for risikovurderingen

I punkt 4 over ble det redegjort for kontraktens spesifikasjoner og deres generelle betydning for kontraktsforståelsen. Spesifikasjonenes betydning for de tilfeller hvor det ikke kan utledes noen enighet om endringshåndtering bør presiseres noe nærmere. Som nevnt over vil spesifikasjonene først og fremst danne grunnlaget for leverandørens kontraktsforpliktelse, dvs. hva kunden har ønsket og hva leverandøren skal yte.

I praksis oppstår problemer rundt endringer mest hyppig i de kontrakter der spesifikasjonene er generelle. Det skjer imidlertid også at spesifikasjonene er svært detaljerte, enten de kommer direkte fra kunden eller er utarbeidet i fellesskap med leverandøren.

Endringsproblematikken vil gjerne oppstå som følge av at arbeidet på bakgrunn av de detaljerte spesifikasjonene ikke kan utføres som forutsatt. Det kan for eksempel tenkes at kunden har foretatt et bevisst valg av programmeringsspråk som gjør at programmet ikke kan integreres med de andre programmene kunden allerede har. Leverandøren vil

på eget initiativ måtte se seg nødt til å gjøre forandringer som fører til at han bruker mer tid eller penger.

Leverandøren har plikt til å undersøke om endringen får virkning på kontraktens tid og pris, og har plikt til å varsle kunden om disse forholdene.⁸² Er spesifikasjonene generelle vil antagelig dette kunne medføre at leverandørens plikter blir redusert, i den forstand at det kreves mindre undersøkelse og evt. også en lengre varslingsfrist. Det avgjørende må etter mitt skjønn være at han har opptrådt lojalt.⁸³

Det samme må antas å gjelde hvis kunden har benyttet seg av andre sakkyndige under forberedelsene til prosjektet. Dette støttes opp av flertallets begrunnelse i en lagmannsrettsdom av 1996 som angikk nettopp ansvarsvurderingen ved detaljerte spesifikasjoner i et stort entreprisprosjekt. Førstevoterende uttaler her:

”At beskrivelsen er meget detaljert og at materialet er foreskrevet av byggherren har konsekvenser for ansvarsspørsmålet.”

Det ansvarsspørsmål det her vises til er i forhold til om risikoen for ekstrakostnader skal ligge hos byggherre eller entreprenør. Det vises videre i samme dom til en voldgiftsdom av 1962 hvor det uttales at når byggherren har hatt bistand av spesielt sakkyndige konsulenter må entreprenøren:

”kunne regne med at disse har undersøkt og avveiet alle sider ved prosjektet, og at arbeidet kan utføres slik det er beskrevet”.

⁸² Jfr. punkt 5. 4

⁸³ Jfr. punkt 5. 4. 2

Disse uttalelser taler i retning av at leverandøren i slike situasjoner ikke skal bære hele risikoen for at prosjektet ble dyrere eller krevde mer tid enn planlagt.⁸⁴

6 FORUTSETNINGSLÆREN OG AVTALELOVEN § 36

6.1 Forutsetningslæren

Det antas som et grunnleggende kontraktsrettslig prinsipp at arbeid som leverandøren ikke med rimelighet kunne forutsette at var en del av kontraktsforpliktelsen, kan gi grunnlag for tilleggsbetaling eller fristutsettelse.

Leverandøren vil altså kunne bli fritatt fra risikoen for forsinkelse på bakgrunn av forutsetningslæren, også omtalt i litteraturen som læren om bristende forutsetninger, selv om vi nå er et stykke ned på listen over rettslige argumenter som leverandøren kan påberope seg. Det må i denne sammenheng forutsettes at de til nå omtalte punkter ikke løser uenigheten som har oppstått etter leveringstidspunktet.

Det nevnes at partenes forutsetninger også vil være en *tolkningsfaktor* i forbindelse med flere av de overnevnte punkter, se for eksempel punkt 4 om spesifikasjoner. Den videre drøftelsen her vil likevel bli i et større perspektiv, da spørsmålet vil være om man kan kreve hel eller delvis *etterfølgende avtalerevisjon* eller ikke.

Det bør også nevnes at både praksis og teori som anvendes her er i stor grad knyttet til uenighet om hvilken pris leverandøren kan kreve når regningen skal gjøres opp, med

⁸⁴ Hålogaland lagmannsrett, LH-1996-481. Retten viser til Hagstrøm *Obligasjonsrett* og Sandvik *Entreprenørrisikoen* s.298flg. Voldgiftsdommen er av 12. mars 1962.

andre ord – risikoen for tilleggskostnader. Jeg kan imidlertid ikke se noen fornuftig grunn til at de samme rettslige argumentene ikke kan få anvendelse også når det er tvist om risikoen for forsinkelse. Forsinkelse vil i våre tilfeller uansett være tilknyttet en eller annen form for økonomisk reaksjon, enten det er dagmulkt, prisavslag eller trussel om erstatning.⁸⁵

6.1.1 Generelt om bristende forutsetninger i kontraktsforhold

Læren om bristende forutsetninger er et alminnelig ulovfestet avtalerettslig prinsipp. I korte trekk innebærer prinsippet at en avtale kan kjennes ugyldig, helt eller delvis, hvis den faktiske utførelsen av kontraktsarbeidet strider med de kausale og synbare forutsetninger som yteren hadde ved avtaleinngåelsen. Førstevoterendes uttalelse i Salhus-flytebrudommen er også nokså presis:

”Det er en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger. For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være "relevant", noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet. Et element i denne samlede vurdering vil være størrelsen av det tap som oppsto eller vil oppstå gjennom den uventete utviklingen. Et visst tap må en entreprenør tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling. I den andre enden av skalaen kan et særlig omfattende tap bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans.”⁸⁶

⁸⁵ Se punkt 2. Prisavslag er som nevnt ofte uaktuelt i utviklingskontrakter

⁸⁶ Rt. 1999 s. 922

Tap i denne sammenheng må kunne sammenlignes med ekstra medgått tid eller utgifter. Viggo Hagstrøm gir en presisering som kanskje er enda mer relevant i forhold til risikoen for endringer:

”Annerledes uttrykt er problemstillingen hvorvidt den som i første omgang rammes av en realisert risiko, selv skal bære (de økonomiske) konsekvensene av risikoen, eller om disse helt eller delvis kan veltes over på motparten.”⁸⁷

Det bør nevnes at bristende forutsetninger i rettspraksis også har vært et moment i de tilfeller der yteren ikke har oppfylt sin varslingsplikt.⁸⁸ Her var det riktignok spørsmål om avtalelovens § 36 skulle komme til anvendelse, men rettens begrunnelse gir etter mitt skjønn uttrykk for at det samme vil kunne gjelde i forhold til forutsetningslæren.

Det har i teori og praksis vært en del uenighet om det er grunn til fortsatt å operere med et revisjonsinstrument som forutsetningslæren er etter at avtalelovens § 36 kom inn i bildet. Blant annet blir dette tatt opp i den overnevnte Salhus-flytebrudommen. Noen forfattere har også forfektet at § 36 konsumerer den forutsetningssvikt som forutsetningslæren bygger på, og at læren om bristende forutsetninger ligger ”innbakt” i § 36. Jeg tar ikke standpunkt til dette her, men velger å skille de to fra hverandre i tråd med Hagstrøms fremstilling.⁸⁹ Det har videre blitt trukket et skille mellom uriktig og bristende forutsetninger. I vår sammenheng er svikten knyttet til hvilke endringer partene skal ha risikoen for, når de faktisk er gjennomført og leveringstidspunkt kommet. Det er således ikke snakk om at plikten til utførelse bortfaller, men snarere et spørsmål om leverandøren skal kompenseres.

⁸⁷ Se Hagstrøm *Obligasjonsrett* s. 243.

⁸⁸ LB-2002-570

⁸⁹ Se Hagstrøm *Obligasjonsrett* Kap. 12.

6.1.2 Anvendelsen av prinsippet i utviklingskontrakter

Det bør ikke være tvil om at forutsetningslæren kommer til anvendelse på programutviklingsområdet. På entreprisefeltet har dette lenge vært ansett som et generelt prinsipp, dette slås fast både hos Hagstrøm og Sandvik⁹⁰. Bakgrunnen for anvendelsen må være at man befinner seg i et kontraktsfelt hvor usikkerheten er stor og hvor begge partene ved avtaleinngåelse bør være klar over hvilken risiko som foreligger for irregulær utvikling. Det er ikke gitt at den praksis og teori som finnes på entrepris kan overføres til IT-retten. Arbeidsformene i de to kontraktsområdene er såpass ulike, særlig fordi det utviklingsprosjekter i større grad enn oppføring av fast eiendom er preget av planlegging og prosjektering ”på papiret”, noe som i utgangspunktet vil gi den prosjektansvarlige bedre forutsetninger for å vurdere fremtidig utvikling. Prinsippet har også fått anvendelse innen petroleumsbransjen i forhold til reglene i NF 92 om endringshåndtering, et kontraktsfelt som kanskje ligger nærmere utviklingskontraktene i dette henseende.

I programutvikling kan man si at begrepet ”irregulær utvikling”, som ligger til grunn for den bristende forutsetningen, ikke engang er treffende fordi de fleste utviklingsprosjekter støter på problemer som medfører en eller annen form for endring. Med andre ord kan man si at det som i andre kontraktsforhold må antas å være ”irregulært”, vil i utviklingskontrakter kanskje regnes som ”regulært”.

Samtidig må det faktum at man her har å gjøre med et relativt usikkert kontraktsområde, både fordi kontraktsarbeidet normalt er nyskapende og fordi utviklingen på området går svært fort. Dette taler for at man i aller høyeste grad har behov for en slik sikkerhetsventil som forutsetningslæren utgjør. Man forsøker vanligvis å fordele risikoen for denne ”irregulære utviklingen” i selve utviklingskontrakten, men der dette ikke er gjort eller allikevel fører til et uholdbart resultat vil forutsetningslæren kunne komme inn, i alle fall som en rimelighetsfaktor. Terskelen for å påberope seg en

⁹⁰ Hagstrøm *Entrepriserett* s. 53 og Sandvik *Entreprenørrisikoen* s.207 flg.

bristende forutsetning vil variere i tråd med kontraktens størrelse og partenes profesjonalitet.

I store systemutviklingsprosjekter, hvor begge parter må antas å være særdeles profesjonelle og kompetente, vil terskelen således være høy. I den andre enden av skalaen har vi mindre programutviklingskontrakter som grenser ned mot det ikke-kommersielle, og her må terskelen for å påberope seg forutsetningssvikt antas å være lav. Jeg vil allikevel understreke at man tradisjonelt har vært tilbakeholdende med å la forutsetningslæren få betydning for kontraktspliktene i kommersielle forhold.

Prinsippet har innen sammenlignbare kontraktsområder som entreprise og petroleum fått anvendelse på enkelte felt i rettspraksis, men som nevnt kan ikke dette uten videre få overført rettskildevekt i forhold til de kontrakter som her omtales, og det foreligger pr. dags dato heller ingen dommer som vurderer spørsmålet i forhold til system- og programutvikling.

Til slutt under dette punkt er det nødvendig å presisere at et eventuelt krav om tilleggsfrist eller – betaling i programutviklingskontrakter bare kan påberopes på grunnlag av endringer knyttet til forutsetningssvikt som følge av at det opprinnelig avtalte ikke kan føre frem til et kontraktsmessig resultat. Hvis leverandøren skulle påberope seg forutsetningssvikt fordi kunden krevde gjennomført noe som han mente at han ikke hadde forutsatt ved kontraktsinngåelse, vil dette i første omgang måtte løses gjennom kompetanseregler. Her må det imidlertid trekkes en grense mot forutsetningssvikt som følge av at de endringer kunden krevde gjennomført viste seg å bli vesentlig mer tyngende enn forventet, som vil kunne bli rammet av det alminnelige prinsipp om bristende forutsetninger.

6.1.3 Vurderingen i forhold til endringsrisiko i programutviklingskontrakter

Utgangspunktet i et hvert kontraktsforhold er at leverandøren under normale forhold bærer risikoen for at levering av kontraktsmessig vare skjer til avtalt tid og til avtalt pris, med mindre dette skyldes forhold på kundens side. Dette følger også av kjøpsloven. Forutsetningslæren kan føre til bortfall eller revisjon av en eller flere av

disse pliktene, men kan ikke som avtalelovens § 36 føre til en endring av selve kontrakten.

Tradisjonelt sett har man ansett at forutsetningssvikt foreligger hvis det dreier seg om vesentlige og upåregnelige avvik fra motiverende forutsetninger.

Det kan virke som om man med tiden har tolket disse vilkårene nokså mykt, på den måten at kravet til vesentlighet og påregnelighet i praksis ikke er så høyt og at dette må avgjøres veldig konkret. Det avgjørende må antas å være leverandørens forutsetninger ved inngåelsestidspunktet, med utgangspunkt i den kontraktstid og – pris som ble avtalt.

I forhold til pris kan det, før man kommer til en eventuell drøftelse av forutsetningssvikt, oppstå uenighet om hva som var avtalt pris – var den avtalte pris ment som et overslag på bakgrunn av en regningspris eller var den en ”ufravikelig” fast pris? Dette har først og fremst betydning når man har løst den problemstillingen som denne avhandlingen omhandler, og jeg går ikke nærmere inn på dette her. Jeg forutsetter at den avtalte pris bygde på de kostnader som leverandøren forutsatte ville vært riktig i tråd med en normal utvikling i kontraktsperioden.

Risikovurderingen i forhold til forutsetningslæren vil avhenge av en rimelighetsvurdering, hvor visse vilkår må være oppfylt.⁹¹ Disse vilkårene knytter seg hovedsakelig forhold på leverandørsiden. I tråd med den allmenne forutsetningslære kan disse deles opp i subjektive og objektive vilkår. De subjektive utgjør kausalitet (dvs. motivasjon) for leverandøren og at denne kausaliteten var synbar for kunden. Det kan sies at leverandøren har en rekke slike kausale forutsetninger ved inngåelsen av avtalen. Han forutsetter normalt at pengeverdien holder seg inntakt, eller mer banale forutsetninger som at den virksomhet han bedriver ikke vil bli ulovlig underveis i kontraktsperioden. De forutsetninger som er sentrale her er imidlertid de som er direkte knyttet til kontraktsarbeidets utførelse. Leverandøren kan for eksempel ha en klar

⁹¹ Jfr. Hagstrøm *Obligasjonsrett* kapittel 12.2

forutsetning om at den angitte tidsrammen for å integrere et program med et annet vil være tilstrekkelig, og kunden kan være klar over denne forutsetningen. Hvis det viser seg at denne integrasjonen rett og slett ikke er mulig, og han dermed må lage et nytt program, vil dette kunne utgjøre en slik kausal og synbar forutsetningssvikt.

Videre må det dreie seg om en relevant forutsetningssvikt som faktisk har fått betydning for kontraktens tids- eller prisrammer. Dette er et objektive vilkår som knytter seg til hva som er en rimelig byrdefordeling i en utviklingskontrakt. I vår sammenheng er dette interessant for vurderingen om forutsetningssvikten skal gi leverandøren grunnlag for ekstra tid eller vederlag. Momenter som kommer inn her kan være hvilken tid leverandøren hadde til rådighet for å vurdere risikoen for endringen, hvem som var nærmest til å vurdere den og hvorvidt problemet kan sies å henge sammen med valg den ene eller annen part har foretatt i kontraktsperioden. Ikke minst kommer forholdet til spesifikasjonene inn⁹²: Det vil være lettere for leverandøren å påberope seg svikt i forutsetningene kunden har etablert gjennom sine ønsker for utviklingen enn svikt som han oppstiller på egen hånd. En avgjørende faktor blir dermed hvem som kan sies å måtte bære risikoen for at spesifikasjonene må endres. I tillegg kommer man ikke utenom en vurdering også i denne sammenheng om partene har oppfylt sine alminnelige kontraktsrettslige plikter, som leverandørens undersøkelse, kundens medvirkning og ikke minst lojalitetsplikter på begge sider.⁹³

Tatt i betraktning den fleksibilitet som må antas å ligge i utviklingskontrakter, kan dette tale i retning av at leverandøren står overfor et nokså høyt hinder hvis han skal påberope seg forutsetningssvikt i utviklingskontrakter.⁹⁴ I lys av at det ofte er leverandøren som har prosjektansvaret og at det er han som er nærmest til å vurdere en eventuell risiko på bakgrunn av sin kompetanse og bransjekunnskaper, er det sannsynlig at man krever svært mye for at forutsetningssvikten skal anses relevant. Samtidig er utviklingsarbeid

⁹² Se pkt. 3 over

⁹³ Se Kaasen *Kommentar til NF92 s.280 flg.*

⁹⁴ Jfr. punkt 2

per definisjon nyskapende og ofte utfordrende, og dette må naturlig nok få konsekvenser for hva man legger i partenes forutsetninger. Nå skal det sies at det i bunnen ligger en rimelighetsvurdering, men denne kommer sterkere frem ved anvendelse av avtalelovens § 36, som vil bli nærmere berørt i pkt. 6. 2 under.

6.2 Avtalelovens § 36 som verktøy ved risikoplassering

Avtalelovens § 36 er en alminnelig revisjons- og bortfallsklausul som åpner for at hele eller deler av en avtale kan falle bort eller endres hvis det etter forholdene på realisasjonstidspunktet vil være urimelig å gjøre de eller den gjeldende.⁹⁵ Det er ingenting i veien for å anvende denne bestemmelsen i situasjoner med vårt utgangspunkt: Leverandøren er ikke i stand til å levere til avtalt tid, men hevder han har krav på ekstra tid pga. at man har måttet foreta arbeid som man ikke hadde forutsatt på avtaletidspunktet. Tilsvarende vil han kunne hevde at den planlagte prosjektering og gjennomførelse ble mye dyrere enn det som var forventet i den avtalte kontraktspris. Bestemmelsen er utfyllende dekket i juridisk litteratur, både generelt⁹⁶ og innenfor ulike bransjer.⁹⁷

Lemping på bakgrunn av § 36 er også påberopt i en rekke rettssaker, men det kan virke som om domstolene er noe tilbakeholdende med å gi den full tyngde, særlig i

⁹⁵ § 36 lyder: *En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.*

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.

⁹⁶ Hagstrøm *Obligasjonsrett Kap. 12.4*, Woxholt *Avtalerett*, Krüger *Norsk kontraktsrett Kap. IX*, med flere.

⁹⁷ Barbo *Kontraktsomlegging...*, Kaasen *NF92*, Krüger *Norsk kjøpsrett*

kontraktsforhold hvor begge parter er profesjonelle.⁹⁸ At avtaleloven i utgangspunktet får anvendelse i profesjonelle forhold er imidlertid utvilsomt, jfr. andrevoterendes uttalelse i Salhus-flytebrudommen⁹⁹. Denne dommerens drøftelse av § 36 gir for øvrig etter mitt skjønn en god oversikt over domstolenes anvendelse av bestemmelsen i profesjonelle tilvirkningsforhold, og jeg antar at slike synspunkter vil kunne være treffende også langt utenfor entrepriserettens grenser.

Det sentrale i vår drøftelse blir den konkrete rimelighetsvurderingen av kontraktens samlede virkning på oppfyllellesstadiet.¹⁰⁰ Selv om denne drøftelsen vil ligge nær opp til den relevansvurdering som foretas etter forutsetningslæren, jfr. pkt. 8.1 over, vil en vurdering etter § 36 åpne for en mer direkte risikovurdering, hvor partenes faktiske og hypotetisk forutsetninger kommer i skyggen av rimelighetsbetraktninger på oppfyllellesstadiet. I tråd med det andrevoterende i Salhus-flytebrudommen anfører, og med tanke på at terskelen for å påberope seg forutsetningssvikt må antas å være høy i programutviklingskontrakter, er leverandøren sannsynligvis bedre tjent med å gå veien om avtalelovens § 36, i de tilfeller der det er tvist om endringsrisiko og endrings betydning for kontraktens tids- og prisrammer. Selv om en vurdering etter denne bestemmelsen naturligvis stiller krav til partenes bevisførsel, vil den antagelig i større grad enn forutsetningslæren avgjøres på bakgrunn av en vidtrekkende skjønn, særlig i de utviklingskontrakter som har mangelfull regulering både hva angår frister og øvrig endringshåndtering.

En rekke momenter har betydning for vurderingen, men av hensyn til systematikk og sammenheng nevner jeg bare de som særlig vil gjøre seg gjeldende i en utviklingskontrakt. Et eksempel som er nevnt tidligere er de situasjoner hvor

⁹⁸ Fyll inn med dommer

⁹⁹ Rt. 1999 s. 922: "At avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktparter, er etter min mening ikke tvilsomt."

¹⁰⁰ Se Hagstrøm *Obligasjonsrett* pkt. 12.4.2 som viser til at dette er en oppfatning som finner støtte både i lovtekst, forarbeider og ble sanksjonert ved plenumsdommene i Rt. 1988 s. 276 og s. 295.

leverandøren, enten instruert av kunden eller på eget initiativ, gjennomfører et arbeid som senere viser seg å være av en slik karakter at de etter hans syn skal være kundens risiko når det viser seg at fremdriften ikke følges eller prosjektet blir dyrere enn planlagt. Som i forhold til forutsetningslæren må det forutsettes at varslingsfristen ikke er overholdt, eller at varslingsfristen ikke begynte å løpe før forsinkelsen eller levering var et faktum. Som gjentatt flere ganger er det ikke upraktisk at det først viser etter levering, når ting skal nøstes opp, at prosjektet ble langt dyrere enn leverandøren ga uttrykk for ved kontraktsinngåelsen eller anbudet. Tilsvarende at det viser seg at den i utgangspunktet enkle forandringen kunden ønsket i programmets funksjonalitet, ble en tungvint affære for leverandøren, og at fremdriftsplanen dermed ble forrykket.

Man må først og fremst ta utgangspunkt i kontraktsteksten – og dermed sammenligne utfallet ved leveringstidspunktet med det opprinnelig avtalte. I betraktning bør kontraktsforholdets egenart være avgjørende: Partenes stilling og avtalens innhold, sammenholdt med hva som anses som gjennomgående oppfatning og praksis i bransjen vil gi en pekepinn på hva som er et rimelig revisjons- eller tolkningsresultat. Hvis leverandøren er en tung aktør i systemutviklingsbransjen, for eksempel SAP eller Oracle vil han måtte tåle langt mer ”urimelighet” enn et mindre enmannsforetak som utvikler til kundens nærmest personlige bruk.¹⁰¹

I tillegg vil det som her er anført under de øvrige punktene være momenter som må tas i betraktning i rimelighetsvurderingen. Avslutningsvis må det antas at det skal mye til før en leverandør får medhold i at risikoen for endringen lå på kunden, når dette ikke ble eller kunne bli avklart underveis. På bakgrunn av den nevnte praksis og teori vil det være sannsynlig at veien vil bli noe kortere for leverandøren i de sammenhenger hvor forskyvningen i tid og pris ligger på forhold som kunden hadde noe med å gjøre, som for eksempel spesifikasjonene. Hagstrøm skriver i sin *Obligasjonsrett* at man bør vise

¹⁰¹ SAP og Oracle er to av verdens største systemutviklingskonsern, henholdsvis fra Tyskland og USA, med særlig tyngde innen ERP (Enterprise Resource Planning).

varsomhet med å anvende § 36 som en generell rettsstiftende bestemmelse på et kontraktsfelt, men at man overlater en slik oppgave til lovgiver og bransjen som helhet.

Dette trekker i begge retninger for hvor høyt man skal legge terskelen etter rimelighetsstandarden i § 36: I et såpass ungt rettsområde som IT-kontrakter er jeg enig i at man bør være forsiktig med å la skjønnsbestemmelser som denne danne grunnlaget for en generell kontraktspraksis. Det er derfor viktig å påpeke at vurderingen blir svært konkret. I tillegg er det vanskelig å overlate utviklingen av bransjepraksis til et næringsfelt som vanskelig kan kalles en bransje, sammenlignet med entrepris og fabrikkasjon, fordi aktørene ikke nødvendigvis har fast tilknytning til for eksempel en bransjeorganisasjon.¹⁰² Dette blir imidlertid et underliggende forhold som har liten betydning i forhold til risikovurderingen etter § 36.

7 Sammen drag

Spørsmålet om hvilken kontraktspart som bør ha risiko for endringer er en meget praktisk problemstilling i kontrakter om systemutvikling og utvikling av programvare.

I praksis viser det seg at problemene ofte oppstår når kontraktsforholdet i utgangspunktet skulle være avsluttet, enten ved at levering er forsinket eller ved uenighet om hvor mye kunden skal betale leverandøren for utviklingsarbeidet.

Hvis kontrakten har et system for hvordan disse endringene skulle vært håndtert underveis, vil det i utgangspunktet være mulig å plassere risikoen for forsinkelse og kostnadsøkning ved å anvende kontraktens bestemmelser på de konkrete forhold. Har

¹⁰² Se punkt 1.4.4 ovenfor.

ikke leverandøren bedt om endringsordre for det aktuelle arbeidet, har hans krav på justering av tid og pris blitt prekludert som følge av at varslingsfristene har vært oversittet.

Utgangspunktet i denne avhandlingen har imidlertid vært at kontrakten *ikke* har en slik regulering av endringer underveis eller at den angitte fremgangsmåten ikke har blitt fulgt. Spørsmålet har vært hvor risikoen for den manglende endringsregulering, og dermed risikoen for konsekvensene av endringsarbeidet, skal plasseres.

Dette spørsmål er etter mitt skjønn vanskelig å avgjøre på generelt grunnlag, særlig fordi prosjektene er så uensartede. Dette gjelder både variasjoner i hvem som er parter i utviklingsprosjektene, og ikke minst hva slags arbeid det dreier seg om. I noen prosjekter vil kunden bare ha en idé om hva han vil ha og vil dermed be leverandøren sette i gang for å se hva man kan få til. I andre, gjerne større prosjekter, vil kunden ha et tydelig spesifisert ønske om hva slags leveranse han ønsker, og leverandøren vil da ha en strengere ramme å forholde seg til.

I tråd med alminnelig kontraktsrett bør utgangspunktet være at risikoen først søkes plassert gjennom kontraktstolkning, og ved å undersøke om endringsavtale faktisk må anses som inngått underveis. Gir ikke dette noe svar, spørsmålet bli hvilke retningslinjer og momenter som bør ha betydning for plassering av risikoen for at endringene og konsekvensene av disse likevel ikke ble avklart underveis. Her vil partenes alminnelige kontraktsplikter bli avgjørende for vurderingen, og jeg vil særlig trekke frem leverandørens plikt til å undersøke og varsle om endringens virkning på tid og pris. Omfanget av disse pliktene avgjøres på bakgrunn av lojalitetshensyn hos begge parter, kontraktens spesifikasjoner og til en viss grad også praksis og teori fra andre sammenlignbare kontraktsområder. Det viktigste i vurderingen av hvem som skal ha risikoen for at endringene ikke ble klargjort underveis, og dermed risikoen for konsekvensene av disse er etter min oppfatning lojalitetshensyn, sammenholdt med de ”reklamasjonshensyn” som er redegjort for i denne avhandlingen.

Risikovurderingen vil også kunne foretas på bakgrunn av forutsetningslæren og avtaleloven § 36. I tråd med hva som antas som gjeldende rett skal det imidlertid etter min oppfatning mye til før disse regelsettene kan få anvendelse i en kontrakt mellom

profesjonelle parter. De vurderingsmomenter som kommer inn i vurderingen i forhold til forutsetningslæren og § 36 vil etter mitt skjønn likevel komme inn som tolkningsmomenter i de rimelighetsvurderingene som må foretas i forbindelse med partenes alminnelige plikter i kontrakten.

Som det fremgår av de overnevnte drøftelsene, er det få konkrete løsningsmodeller for å plassere risikoen for manglende endringshåndtering. Det blir en avveining av ulike momenter og hensyn som ofte trekker i begge retninger. Til syvende og sist vil man i de fleste tilfeller ende opp med en konkret lojalitetsvurdering for den enkelte endringspost.

Til slutt bør det nevnes at det antageligvis finnes en rekke fremgangsmåter for å avgjøre hvem som skal ha risikoen for endringenes virkning på kontraktens tid og pris, og det vil alltid finnes flere momenter som kan være av betydning i den konkrete endringstvist. Etter mitt skjønn vil de momenter som er drøftet i denne avhandlingen være de viktigste i avgjørelsen av hvem som bør ha risikoen for endringer underveis i utviklingsprosjekter der utviklingskontrakten ikke har et endringsordresystem.

8 Litteraturliste/ kilder

LOVER OG FORARBEIDER

Lover

Lov om kjøp (Kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27

§ 1

§ 2

§ 10

§ 22

§ 31

§ 32

§ 49

Avtaleloven av 31. mai 1918 nr. 4

§ 25

§§ 31, 32

§ 36

Forarbeider

Ot. prp. nr. 80. 1986 – 87 (Lov om kjøp)

STANDARDKONTRAKTER

NF 92. Fabrikasjonsstandard.

NTK 2000. Totalfabrikasjonsstandard

NS 3430. Eldre entreprisestandard

NS 8405. Nyere entreprisestandard

IKT Norge Prosjektutvikling
Statens Standard. Systemutvikling (SSA)
PS 2000. Dataforeningens utviklingsstandard

RETTSPRAKSIS

Høyesterettspraksis

Rt. 2002 s. 1155
Rt. 2000 s. 632
Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro-dommen)
Rt. 1988 s. 295
Rt. 1988 s. 276
Rt. 1981 s. 445
Rt. 1979 s. 676

Underrettspraksis

LB-2004-1719
LB-2003-9441
LB-2002-3890
LB-2002-570
LB-1998-2778
LH-1996-481
LG-1990-301

LITTERATUR

Bøker

Nicolai Dragsted. *IT – kontrakter 1 & 2*, København 2000.

Knut Kaasen. *Kommentar til NF 92*, Oslo 1995.

Olav Torvund. *IT – kontrakter*, Oslo 1997.

Kai Krüger. *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989.

Knoph. *Oversikt over norsk rett*.

Erling Selvig. *Kjøpsrett til studiebruk*, Oslo 1998.

Kai Krüger. *Norsk kjøpsrett, 4. utgave*, Bergen 1998.

Jan Einar Barbo. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*, Oslo 1997.

Viggo Hagstrøm. *Obligasjonsrett*, Oslo 2003.

Viggo Hagstrøm. *Entrepriserett. Utvalgte emner*, Oslo 1997.

Geir Woxholt. *Avtalerett*, Oslo 2003.

Tore Sandvik. *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966.

Artikler og annet

Capers Jones. *Conflict and litigation between software clients & developers, USA 2000*, publisert på <http://www.softerra.com/files/conflict.pdf> (20. 03. 05)

